

Lex Electronica

Numéro spécial - Jeunes Chercheurs

Volume 28 - 2



Rencontres

Regards croisés sur la justice

Éditeurs

Ledy Rivas Zannou, Eve Gaumond et Michael Lang



Note importante : Les contributions dans le présent dossier sont des actes du cycle des midis-conférences des jeunes chercheurs du Centre de recherche en droit public. Elles ont été soumises au processus d'évaluation de la Revue *Lex Electronica*.

Table des matières

Préface	9
Avant-propos	12
Judiciarisation des conflits dans la mise en marché collective des produits agricoles au Québec	14
Laurence ROBERT	14
Mise en contexte et problématique	17
1. Portrait de la RMAAQ et contexte de résolution des litiges	18
1.1 Trois cas récents et indice de relations contractuelles judiciarisées	20
2. Positionnement théorique : les travaux en économie néo-institutionnelle et en droit et économie (Law and Economics)	22
2.1 Modèle initial : composantes étudiées du phénomène de la judiciarisation du processus de résolution des litiges contractuels	23
3. Démarche de recherche : diagnostic de l'évolution des conflits dans l'agroalimentaire à partir des perceptions des acteurs	23
4. Présentation des résultats	25
4.1 Une nature doublement complexe : changements externe et interne	25
4.2 Le temps c'est de l'argent	27

4.3 L'avocat : acteur au centre de la judiciarisation des relations entre office et acheteurs	27
4.4 Entre faiblesse et développement des modes alternatifs	28
4.5 Situation des procédures de la RMAAQ dans le cadre de la résolution des conflits	29
5. Discussion	30
Conclusion	32
Bibliographie	33
Telepsychiatry and Mental Health Equity in Correctional Facilities: Legal Opportunities and Challenges	39
V Dimitri PATRINOS	39
Introduction	42
Mental health care in correctional facilities	43
Current legal frameworks	44
International Law	44
Canadian Legislation	45
Common Law	46
Legal opportunities for tele psychiatry in correctional facilities	47
Legal challenges in the implementation of tele psychiatry in correctional facilities	48
Conclusion	51

Bibliography	53
Le système de réparation de la Cour Pénale Internationale : une chimère !	59
Olouwafêmi Rodrigue OLOUDÉ	59
Introduction	61
I. La poursuite dans le cadre de la CPI : un jeu de hasard ?	61
A. Le renvoi par les États parties : un pouvoir aux prises avec les impératifs de pacification	61
1. L'impunité pour la paix	62
2. La confrontation « UA vs CPI » au nom de la paix	63
B. Les renvois par le conseil de sécurité de l'ONU et le Procureur de la CPI : des pouvoirs en proie à la sélectivité	65
1. Le renvoi par le Conseil de sécurité : un pouvoir exceptionnel politisé ?	65
2. L'ouverture d'une enquête à l'initiative du Procureur : un pouvoir discrétionnaire (proprio motu) sélectif	67
II. La réparation dans le cadre de la CPI : une utopie ?	68
A. Une réparation aléatoire	69
1. Une procédure individualisée discriminante	69
2. Une exécution improbable	70
B. Le fonds d'affectation spéciale au profit des victimes : un mandataire limité	73
1. Le Fonds : Un modeste intermédiaire au titre de son mandat judiciaire	73

2. Le Fonds : un pauvre bienfaiteur au titre de son mandat d'assistance	74
Conclusion	75
Bibliographie	76
Vérifier l'âge des internautes sur les sites pornographiques pour en limiter l'accès aux personnes mineures : une mesure novatrice et nécessaire pour le droit canadien	79
Marie-Pier JOLICOEUR	79
Introduction	81
1. Une problématique préoccupante: les conséquences du visionnement de la pornographie chez les mineurs	83
1.1 Quelques données sur l'exposition des mineurs à du matériel pornographique	84
1.2 Des conséquences liées à l'éducation des mineurs, leur représentation de la sexualité et aux pratiques sexuelles imprudentes	85
1.3 Des conséquences liées à l'image des femmes, aux stéréotypes et à la violence	86
1.4 Des conséquences liées aux risques de dépendance et à la consommation compulsive	87
2. Une stratégie à mettre en œuvre : vérifier l'âge des internautes sur les sites pornographiques	88

2.1 Portait de quelques initiatives à travers le monde soutenant la stratégie de vérification de l'âge des internautes	88
2.2 Présentation de la proposition canadienne par le projet de loi S-210	92
2.3 Différentes manières d'opérationnaliser cette même stratégie	95
2.4 Des réponses aux critiques formulées à la stratégie de vérification de l'âge	98
2.4.1 La vérification de l'âge sur internet et la liberté d'expression	98
2.4.2 La vérification de l'âge sur Internet et la vie privée	100
2.4.3 Le caractère arbitraire de l'âge et l'autonomie de l'enfant	102
2.4.4 La vérification de l'âge sur Internet et la territorialité	104
2.4.5 Les enjeux techniques de la vérification de l'âge et les possibilités de contourner la mesure	105
3. Réflexion interdisciplinaire : l'éducation à la sexualité comme complément nécessaire aux mesures législatives	106
3.1 Des lacunes observées dans l'éducation sexuelle des enfants au Canada et ailleurs	107
3.2 Promouvoir une éducation critique face au contenu pornographique	108
Conclusion	110
Références bibliographiques	111

PRÉFACE

[1] Il n'y a rien de plus enthousiasmant dans la carrière professorale que de lire et d'apprécier les textes issus des esprits féconds de nos étudiants et étudiantes. C'est pourquoi rédiger la préface de ce numéro spécial de la revue *Lex electronica*, numéro regroupant les actes des rencontres « Regards croisés sur la justice », fut un réel plaisir. Ce cahier thématique témoigne de la grande qualité des étudiants et étudiantes œuvrant au sein du Centre de recherche en droit public (CRDP) et nous confirme que la relève en recherche tant empirique que documentaire est assurée.

[2] Avec une thématique aussi vaste que l'étude des perspectives internes (le droit regarde la justice) et des perspectives externes (d'autres disciplines regardent la justice) relatives au droit et à la justice, il n'est pas surprenant de constater que les quatre contributions retenues pour ce numéro spécial abordent des questions qui semblent déconnectées, pour ne pas dire décosues : la judiciarisation des conflits liés à la mise en marché des produits agricoles, le recours à la télépsychiatrie dans les centres de détention, le système de réparation de la Cour Pénale Internationale et le contrôle de l'accès à la pornographie par les jeunes sur Internet. Pourtant, derrière cette multiplicité de sujets se cache une réflexion commune, une conception partagée d'un droit – sinon d'un système juridique – qui perd de son effectivité et de sa réactivité suite à la complexification de nos interactions sociales pour ne pas dire sociétales. Les auteurs et autrices ont également en commun une recherche de solutions novatrice à des questions qui hantent la communauté juridique depuis des décennies, voire des siècles.

[3] Par exemple, le texte de Laurence Robert, « Judiciarisation des conflits dans la mise en marché collective des produits agricoles au Québec », se propose de répondre à la sempiternelle question : « Quels facteurs alimentent le phénomène de judiciarisation, s'il existe réellement ? ». Si la question est abordée par l'ornière des litiges soumis à la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec (RMAAQ), elle s'inscrit dans une réflexion plus profonde sur les processus structurants de notre système de justice et sa capacité de répondre aux attentes des justiciables. Comme le démontre l'autrice par le biais d'une étude empirique, les dossiers tombant sous la compétence de la RMAAQ tendent à se judiciariser plus régulièrement que dans le passé. Soit, ce constat détonne par rapport aux statistiques des tribunaux judiciaires, lesquels entendent moins de litiges qu'il y a 15 ans (Lafond, 2012). Toutefois, la complexification des dossiers et la durée croissante des audiences semblent constituer une constante à travers les juridictions et les instances.

[4] Si Mme Robert avance plusieurs pistes pouvant expliquer ce constat – notamment l'accroissement de la réglementation et du nombre d'avocats dans l'écosystème – des recherches supplémentaires s'avèrent nécessaires afin de mieux circonscrire celles-ci, recherches que l'autrice se propose de mener.

[5] Dimitri Patrinos nous fait ensuite passer des lacunes de notre système judiciaire à celles de notre système carcéral. Dans « Telepsychiatry and Mental Health Equity in Correctional Facilities: Legal Opportunities and Challenges », l'auteur démontre que les ordres normatifs existants militent en faveur de la reconnaissance d'un droit à des soins

de santé mentale pour les personnes purgeant une peine de prison. Ceci s'avère d'autant important et pertinent, puisqu'une proportion inquiétante de la population carcérale canadienne souffre de troubles mentaux. Afin de s'assurer de respecter cette obligation, l'auteur propose un usage accru de la télépsychiatrie.

[6] Si d'aucuns pourraient prétendre que le recours aux outils de visioconférence dans le cadre de la livraison de services de santé constitue une approche « à rabais », l'auteur démontre que l'approche s'avère préférable au statu quo, d'autant qu'elle présente plusieurs avantages liés notamment à la sécurité des psychologues et psychiatres et le prononcé de diagnostics en temps opportun dans les régions éloignées. En ce sens, la contribution de M. Patrinos s'inscrit dans la logique voulant que les solutions technologiques puissent favoriser un meilleur accès aux services – que l'on se situe dans le cadre juridique ou médical (Zannou, 2021, p. 173). Soit, l'approche n'est pas toujours idéale, mais comme le soulignait Voltaire, « le mieux est l'ennemi du bien ».

[7] L'intitulé de la contribution de Olouwafêmi Rodrigue R. Oloudé, « Le système de réparation de la Cour Pénale Internationale : une chimère ! » peut – à première vue – sembler incendiaire. Pourtant, selon la définition retenue du terme « chimère », il appert on ne peut plus adéquat. Qualifier la Cour pénale internationale et ses mécanisme internes d'institution « composée de parties disparates, formant un ensemble sans unité », ou le processus de réparation de « projet séduisant, mais irréalisable » (Larousse, 2023) ne semble ni exagéré, ni abusif. Monsieur Oloudé nous offre en effet une démonstration éloquentes des limites dudit processus de réparation tantôt obstrué par des impératifs politiques, tantôt par des insuffisances économiques.

[8] La Justice se perçoit ici non plus comme un absolu, mais bien comme un compromis visant à assurer la paix sociale ; objectif peu satisfaisant pour les victimes de crimes de masse auxquelles le Statut de Rome promet pourtant le droit à la réparation des préjudices subis, mais conforme à une certaine forme d'idéologie collectiviste.

[9] Une forme quelque peu distincte de collectivisme, celle-ci visant à protéger les mineurs, se trouve au centre du texte « Vérifier l'âge des internautes sur les sites pornographiques pour en limiter l'accès aux personnes mineures : une mesure novatrice et nécessaire pour le droit canadien » de Marie-Pier Jolicoeur, lequel nous replonge dans le débat concernant la régulation d'Internet et de ses divers acteurs. La question soulevée – comment limiter l'accès aux contenus pornographiques pour les mineurs – n'est pas nouvelle, elle était déjà posée lors de l'émergence du cyberspace (pour reprendre la terminologie de la fin du siècle dernier). Toutefois, le législateur s'est montré lent à agir, laissant à l'industrie le souci de sélectionner les types de barrières à mettre en place. Malheureusement, l'effectivité de ces mesures laisse à désirer.

[10] L'analyse de Madame Jolicoeur vient à la fois exposer les conséquences de cet état des lieux pour les mineurs, ainsi que les mécanismes – tant juridiques que sociaux et techniques – pouvant être mis en place pour assurer un meilleur encadrement de l'accès aux contenus inadéquat pour les mineurs. Ce texte s'inscrit par ailleurs dans une réflexion plus large sur le « zonage » sur Internet (Lessig, 1999, p. 503) – réflexion entamée à la fin du siècle dernier, mais toujours d'actualité.

[10] Ces textes, tant par la richesse des recherches et des réflexions qu'ils proposent que la qualité des références desquelles ils s'inspirent sauront sans aucun doute éclairer les lecteurs et lectrices sur ces diverses problématique d'actualité. Il ne reste donc rien de plus à dire que bonne lecture...

Références bibliographiques

Dictionnaire *Larousse*, disponible en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/chim%C3%A8re/15341>

Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec : portrait général*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012.

Lawrence LESSIG, « The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach », (1999) 113/2 Harvard Law Review 501, 503.

Ledy Rivas Zannou, « La justice numérique : réalité, crainte et projection », (2021) 26-2 Lex electronica 173.

Pr Nicolas Vermeys

Directeur - CRDP

Directeur adjoint - Laboratoire de cyberjustice

Faculté de droit - Université de Montréal

AVANT-PROPOS

[1] Le chercheur universitaire doit *jongler* avec de nombreuses obligations. Cette métaphore est souvent utilisée mais rarement, prend-on vraiment le temps de s'y attarder. C'est dommage ! Et pourtant, elle est frappante de justesse.

[2] Il y a une véritable parenté entre la recherche et la jonglerie. Faire de la recherche, c'est maîtriser l'art subtil de maintenir une multitude de projets en perpétuel mouvement dans les airs. Un exercice complexe qui consiste parfois à donner des impulsions, parfois à laisser flotter les choses pour qu'elles progressent d'elles-mêmes et parfois, à intervenir pour rectifier le tir et réorienter la trajectoire.

[3] Tout comme le jongleur, le chercheur universitaire se trouve au milieu d'une agitation constante ; une agitation dont il est en quelque sorte le moteur mais il ne peut se laisser emporter par la frénésie. Il se doit de rester en contrôle. Pour apprendre à gérer cette frénésie contrôlée, le jeune chercheur doit faire ses classes. Il doit travailler à développer cette coordination particulière qui permet de garder les balles constamment en mouvement.

[4] À bien des égards, la publication de ce numéro spécial de Lex Electronica a été une véritable école de jonglerie. Il s'agissait du troisième numéro du genre dont nous étions en charge. D'entre tous, ce fut sans contredit le plus difficile à produire. Recruter des auteur.e.s fut un défi ; coordonner tout un chacun pour s'assurer de rentrer dans nos échéances aussi. Et puis, le projet que nous avions de mobiliser des chercheurs issus d'autres disciplines pour répondre aux contributions des chercheurs du CRDP est finalement tombé à l'eau. Certains auteur.e.s ont disparus dans la brume, et nous étions, pour notre part, trop obnubilés par la gestion de nos propres balles pour nous dédier à les pourchasser. Ainsi, de cette ambition de créer des rencontres interdisciplinaires, il ne demeure qu'un seul vestige : le titre de ce collectif...

[5] Nous espérons que l'expérience fut formatrice pour les auteurs malgré tout. Pour la majorité d'entre eux, il s'agissait d'une première expérience de publication. Ils ont écrit et réécrit leurs articles avec une ardeur et une persévérance remarquables. Ils ont découvert les hauts et les bas d'un processus de publication et ils ont fait preuve d'une patience on ne peut plus louable lorsque la date de publication tardait à arriver. Nous les remercions et les félicitons sincèrement.

[6] Nous nous devons aussi de remercier chaleureusement toute l'équipe du CRDP. Ils nous ont laissé faire nos classes de jongleurs avec bienveillance. Lorsque nous avons échappé des balles, ils ne nous en ont pas tenu rigueur. Ils se sont toutefois assurés que les écueils n'aient pas raison du projet. C'est aussi grâce à leur généreux soutien que ce numéro est aujourd'hui finalement publié. Nous espérons que vous prendrez plaisir à lire les contributions qui suivent.

[7] Bonne lecture !

Ledy Rivas Zannou, Eve Gaumond et Michael Lang

JUDICIARISATION DES CONFLITS DANS LA MISE EN MARCHÉ COLLECTIVE DES PRODUITS AGRICOLES AU QUÉBEC

Laurence ROBERT¹

¹ L'autrice est candidate au doctorat au Département d'économie agroalimentaire et des sciences de la consommation de l'Université de Laval. Cet article découle de son mémoire de maîtrise en agroéconomie, dont le processus de recherche et de rédaction fut encadré par la professeure Annie Royer. Elle la remercie chaleureusement pour son enthousiasme intellectuel contagieux, son encadrement soutenu, son écoute et sa disponibilité. Elle adresse également ses remerciements à la professeure Sule Tomkinson pour ses commentaires éclairants et suggestions pertinentes.

RÉSUMÉ

À titre de régulateur économique, la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec (RMAAQ) tranche les litiges contractuels entre organisations de producteurs et acheteurs qui découlent du cadre réglementaire et conventionnel applicable. Depuis quelques années, plusieurs indices portent à croire qu'un phénomène de judiciarisation de la résolution des conflits s'est développé, se répercutant notamment sur l'efficacité du processus de la RMAAQ et la performance globale du système. Qu'en est-il ? Quels facteurs contribuent à alimenter ce phénomène s'il existe réellement ? Dans une logique exploratoire, nous répondons à ces questions en documentant les composantes du processus et leur évolution depuis une quinzaine d'années, au travers l'analyse de 17 entretiens conduits auprès des offices, des acheteurs accrédités et d'avocats actifs dans ce domaine réglementé. Ce que nous retenons est que la judiciarisation des litiges n'est pas tant quantitative, mais plutôt qualitative. Les résultats montrent une judiciarisation accrue des litiges due à la complexité des enjeux économiques, à la dynamique et les rapports entre les intermédiaires devant la RMAAQ et à la faiblesse des modes alternatifs. De plus, un cycle de contrôle judiciaire des décisions de la RMAAQ, dans la décennie 2000-2010, semble avoir été déterminant. Depuis, une culture juridique s'est réellement institutionnalisée dans le processus résolution des conflits et la RMAAQ tente de la prendre en charge. L'article contribue à décrire un phénomène aux conséquences potentiellement nuisibles aux coûts de fonctionnement de la mise en marché collective et à explorer une importante institution du secteur agroalimentaire québécois encore peu analysée.

Mots-clés : tribunal administratif, processus de règlement des différends, litiges contractuels, relations économiques réglementées, mise en marché collective des produits agricoles.

ABSTRACT

As an economic regulator, the Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec (RMAAQ) settles contractual disputes between producer organizations and buyers that arise from the applicable regulatory and conventional frameworks. In recent years, there have been several indications that a phenomenon of judicialization of conflict resolution has developed, with repercussions on the efficiency of the RMAAQ process and the overall performance of the system. What is the situation? What factors contribute to this phenomenon, if it really exists? In an exploratory logic, we answer these questions by documenting the components of the process and their evolution over the last fifteen years, through the analysis of 17 interviews conducted with the boards, accredited buyers and lawyers active in this regulated field. What we have learned is that the judicialization of disputes is not so much quantitative, but rather qualitative. The results show an increased judicialization of disputes due to the complexity of the economic stakes, to the dynamics and relationships between intermediaries before the RMAAQ and to the weakness of alternative methods. In addition, a cycle of judicial review of RMAAQ decisions in the decade 2000-2010 seems to have been a determining factor. Since then, a legal culture has really become institutionalized in the conflict resolution process and the RMAAQ is trying to take charge of it. This article contributes to describe a phenomenon with potentially harmful consequences for the operating costs of collective marketing and to explore an important institution of the Quebec agri-food sector that has not yet been analyzed.

Keywords: administrative tribunal, dispute resolution process, contractual disputes, regulated economic relationships, collective marketing of agri-food products.

MISE EN CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE

[1] Les tribunaux administratifs exercent des fonctions exclusivement ou principalement juridictionnelles dans le but d'entendre des recours et de trancher des litiges entre des administrés et l'État ou entre des parties privées concernées par une juridiction donnée (Issalys et Lemieux 2020). Le législateur choisit généralement la justice administrative, plutôt que la justice civile, dans les cas où il souhaite faire se résoudre les conflits de manière « plus expéditive et moins coûteuse, [...] dans un forum de contestation plus accessible et moins formaliste » (Garant, Garant et Garant 2018, p.62).

[2] Dans le domaine réglementé de la commercialisation des produits agroalimentaires et forestiers, la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec (RMAAQ) agit à titre de régulateur économique et tribunal administratif. Elle régule, surveille et arbitre les litiges entre parties privées réglementées (individus et organisations). Depuis une quinzaine d'années, malgré les efforts de développement des modes alternatifs dans sa juridiction, la RMAAQ note un accroissement significatif des différends et va jusqu'à confirmer « la tendance à la judiciarisation de ces litiges » (RMAAQ 2006, p.15). Les conséquences pour la mise en marché efficace et ordonnée, principe phare du cadre législatif, sont notoires et a priori contraires à l'essence de la justice administrative : des délais et coûts additionnels pour l'ensemble des intervenants et le tribunal lui-même (RMAAQ 2006, 2017). Le nombre annuel de demandes d'arbitrage et de grief semble pourtant avoir progressivement diminué depuis 2000.

[3] Des indices en aval portent effectivement à croire à l'existence de ce phénomène dans ce domaine réglementé. Cependant, en amont, quels sont ses déterminants, comment expliquer son évolution devant l'instance de la RMAAQ? Cet article répond à la question suivante : Quels facteurs alimentent le phénomène de judiciarisation, s'il existe réellement ? Les sous-objectifs visés sont de documenter et de développer une explication sur la judiciarisation apparente des conflits dans l'agroalimentaire québécois.

[4] Le concept de judiciarisation est polysémique. Il peut exprimer la relation entre le juridique et le politique (Commaille 2008) ou entre la justice et un groupe de la population (Bernheim 2019; Chesnay et al. 2014), l'aspect contesté d'un domaine de la société (Soennecken 2013) ou encore « *a due process explosion* » (Mullan 2005) qui entrave l'efficacité (moins formelle, moins coûteuse) et la qualité de la justice administrative (Garant et al. 2018; Garant 2014). Cet angle de la judiciarisation des procédures administratives est adopté dans le contexte de régulation économique pour analyser le recours accru à l'arbitre, la RMAAQ, pour régler les conflits découlant de relations contractuelles réglementées. Ce volet est très peu étudié, notamment d'un point de vue processuel, des causes et des effets sur les institutions et organisations composant un régime de régulation particulier. En raison des spécificités inhérentes à chaque domaine, aux entités réglementées et leur situation factuelle particulière, aux possibilités et à la mission du cadre législatif, réglementaire et procédural, il apparaît nécessaire d'ouvrir la boîte noire du processus de règlement des différends devant la RMAAQ. Sous cet angle, l'article contribue d'une manière originale à l'analyse théorique de la judiciarisation.

[5] D'un point de vue empirique, il existe, d'une part, très peu de travaux sur la RMAAQ comme organisme de régulation économique et tribunal administratif, encore moins sur les enjeux présents dans son environnement gravitationnel et leurs impacts sur son processus décisionnel et ses réformes internes. D'autre part, il ressort du travail de collecte et d'analyse un résultat pratique concret pour le milieu : une grille diagnostic² identifiant le risque ou la prévalence de la judiciarisation dans un secteur d'activités en particulier (ex. le secteur porc).

[6] Cet article contient quatre parties. La première traite d'éléments contextuels sur la RMAAQ. La deuxième positionne la démarche d'un point de vue théorique en vue du choix de cinq composantes du phénomène de la judiciarisation. La section 3 explique la méthodologie utilisée, basée sur l'analyse d'entretiens et de documents. La section 4 contient les résultats et la discussion qui en découlent. La dernière section conclut.

1. PORTRAIT DE LA RMAAQ ET CONTEXTE DE RÉOLUTION DES LITIGES

[7] La mise en marché des produits agroalimentaires est un domaine réglementé et encadré par la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*³ (ci-après, la Loi). Le système de mise en marché collective permet aux producteurs québécois de déléguer la mise en marché de leurs produits à des offices de commercialisation. Ces offices, dont la gouvernance démocratique est assurée par des producteurs élus, possèdent une panoplie de pouvoirs déterminés dans un document juridique, appelé plan conjoint, spécifique à chaque secteur agricole se prévalant de ce système d'action collective. L'objectif principal du système est de permettre aux producteurs de négocier collectivement les conditions de vente de leur production avec leurs partenaires commerciaux de l'aval des filières agroalimentaires. Les pouvoirs, responsabilités, définitions et autres règles de fonctionnement de ce système sont inscrits dans la Loi.

[8] En 2021, dans le domaine agricole, 15 plans conjoints couvrent près de 80% des recettes monétaires agricoles québécoises. Dans le domaine forestier, 13 plans conjoints sont en vigueur, représentant 19% des approvisionnements en bois et 400 millions de dollars. Enfin, dans le secteur des pêcheries, 4 plans conjoints représentent des débarquements d'environ 270 millions de dollars (RMAAQ 2021, pp.5-6). Pour l'ensemble de ces trois domaines d'activités, un total de 275 règlements d'application et de règles de régies internes précisent les conditions de production et de mise en marché des milliers producteurs ou exploitants individuels.

[9] Les offices de commercialisation mettent en marché collectivement les produits agricoles et négocient des contrats collectifs avec les acheteurs accrédités, pour le compte des producteurs individuels. Les regroupements d'acheteurs sont accrédités en vertu de la Loi et doivent répondre à des critères de représentativité analysés par la

² Disponible sur demande.

³ RLQ, c. M-35.1.

RMAAQ (art. 110 à 111.2⁴). En 2021, un total de 35 associations accréditées d'acheteurs étaient visées par ces négociations contractuelles réglementées (RMAAQ 2021, pp.5-6).

[10] Depuis sa création en 1956, la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec (RMAAQ) possède un double rôle dans le domaine de la mise en marché collective des produits agricoles. À titre de régulateur économique, elle régule et surveille les interventions des entités réglementées (offices et producteurs) et s'assure du respect du cadre législatif et réglementaire. À titre de tribunal administratif, elle met en œuvre un processus quasi-judiciaire qui encadre les débats contradictoires, arbitre et tranche les conflits. Les litiges susceptibles de se retrouver à l'instance de la RMAAQ concernent d'abord la mise en œuvre des plans conjoints et leurs règlements d'application, encadrant la production agricole, forestière ou de la pêche. Ces demandes de grief visent la relation entre les producteurs ou exploitants et leur office de commercialisation. Ensuite, des litiges peuvent survenir dans la négociation, l'application et le renouvellement des contrats collectifs, dits les conventions de mise en marché (art. 112 à 117). Les conflits étudiés dans cet article concernent le deuxième type, soit les litiges concernant les relations contractuelles entre le vendeur « agrégé », l'office de commercialisation, et les acheteurs accrédités.

[11] Le cadre contractuel peut engendrer des différends qui opposent les parties. Outre les arbitrages sur le texte et la signature des conventions⁵ (art.116-117), des conflits peuvent survenir sur leur application et leur fonctionnement⁶ (art. 26). Généralement, les différends contractuels concernent la fixation de prix des produits visés, mais aussi les quantités transigées, les conditions d'entreposage, de manutention, de transport, etc. Parfois, et voilà ce qui semble être un premier indice d'une forme judiciarisée de la résolution des différends, certaines demandes à la RMAAQ visent à ce qu'elle tranche spécifiquement la recevabilité d'une demande d'arbitrage ou de grief⁷, la recevabilité d'un rapport d'expertise ou d'une partie d'une expertise⁸. Il s'agit de demandes formulées en cours de dossier ou, dans les termes juridiques, de moyens incidents (Demande d'accès à l'information, 2020).

[12] Le processus de résolution des différends devant la RMAAQ s'entame à la demande d'une des parties, après négociations bipartites infructueuses. Les parties concernées sont invitées à utiliser des modes alternatifs que le tribunal administratif a mis en œuvre au fil des années. Le service de conciliation est disponible à la demande dans le cadre des négociations de conventions (art.115). Depuis 2021, un service de médiation permet un mode additionnel de règlement alternatif des différends, et ce, pour certains types de dossiers (RMAAQa 2021). Les médiateurs sont des conseillers juridiques internes de l'organisation. La RMAAQ souhaitait la mise en place d'un tel service depuis son plan stratégique de 2017-2020, démarche s'inscrivant dans l'un des

4 Sauf indication contraire, tous les articles cités dans l'article renvoient à la Loi.

5 Exemples : décisions 11551 et 11757. Pour retrouver les décisions de la RMAAQ, inscrire le numéro dans le moteur de recherche [ici](#).

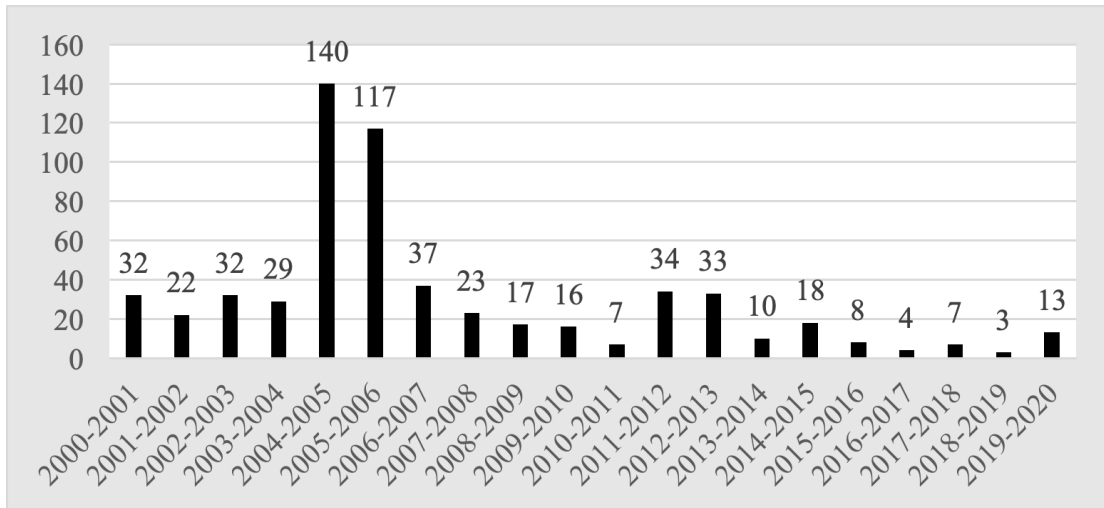
6 Décisions 11555 et 11687.

7 Décisions 11665 et 11758.

8 Décisions 11655 et 11559.

principes généraux de sa mission, soit « de favoriser le développement de relations harmonieuses entre les différents intervenants et la résolution des difficultés » (art.5). Si les parties ne parviennent pas à s'entendre par ces moyens alternatifs, la RMAAQ arbitre le différend à la demande d'un des intéressés (art.116).

Graphique 1. Évolution du nombre annuel d'arbitrages et griefs devant la RMAAQ, 2000-2021



Sources : RMAAQ (plusieurs dates), Demande d'accès à l'information (novembre 2020).

Note : En 2003, le secteur acéricole a adopté un règlement de contingentement de la production, ce qui a engendré beaucoup de demandes d'arbitrage et de grief dans les années suivantes. Sur les totaux de 2004-2005 et 2005-2006, respectivement 76 et 79 concernaient uniquement le secteur acéricole.

[13] Depuis une quinzaine d'années, la RMAAQ tente de favoriser une meilleure concertation entre producteurs et transformateurs, par des outils comme la négociation raisonnée, les conférences préparatoires et les modes alternatifs de résolution des différends (RMAAQ 2006, 2017). En apparence, le nombre de demandes annuelles observé au Graphique 1, qui semble se stabiliser sinon décroître au fil des années, pourrait être associé à ces efforts. Pourtant, la RMAAQ constatait sensiblement la même situation en 2017, soit un « accroissement significatif des différends dans les secteurs sous sa juridiction » (RMAAQ 2017, p.4). Ce constat quelque peu contradictoire mérite une appréciation additionnelle de ce qui l'en est, grâce à un aperçu de trois affaires récentes.

1.1 TROIS CAS RÉCENTS ET INDICE DE RELATIONS CONTRACTUELLES JUDICIARISÉES

[14] En premier lieu, deux sous-secteurs d'activités ont montré des signes de tensions évidentes entre les acteurs au cours des dernières années : le porc et la volaille. Dans le secteur porcin, le renouvellement de la convention de mise en marché pour la période 2019-2022 a amené son lot de problèmes. Déjà, la signature du contrat fut

l'objet d'une sentence arbitrale⁹ (art.117), c'est-à-dire que la RMAAQ a dû trancher elle-même certaines questions sur lesquelles les parties ne s'entendaient pas : les modalités de détermination des prix, mais aussi des objections formulées par l'office de commercialisation à l'égard de certaines pièces et analyses. Dans une moindre mesure, des divergences devaient être tranchées sur la qualité, la présence d'ententes particulières, les coûts de transport ou encore le statut de certains acheteurs. Le processus de résolution des différends représente sept jours de séances publiques répartis entre 2018 et 2019 et implique neuf parties signataires et six avocats. Les relations contractuelles n'ont pas été pour autant stabilisées lors de la vie active du contrat. Des demandes ultérieures ont été faites quant à certaines exemptions, de révision, de modification de prix, de suspension et d'ordonnance, de contestation de factures¹⁰. Finalement, un grief est déposé sur la question de priorisation de l'abattage de porcs du Québec, en décembre 2021¹¹, ce qui a fait « rouvrir » la convention¹².

[15] Ce qui fut marquant dans ce cas du secteur du poulet de chair, c'est qu'un total de 44 jours de séance publique, répartis entre 2016 et 2018, fut nécessaire pour entendre le différend lié à la convention. Trois organisations et leurs six avocats étaient impliqués dans le processus. Les conditions qui font alors l'objet de divergences se rapportent à la possibilité de nouveaux acheteurs à entrer dans le système régulé, à la définition de poulet de spécialité et distinct, au prix de la catégorie de référence, à la vérification des pesées et des balances, etc¹³. Sans juger le bien-fondé et la nécessité de cette durée, il est tout de même possible d'affirmer que cela sort de l'ordinaire. Pour avoir eu des échos d'intervenants dans le domaine, la responsabilisation des intervenants et la gestion à l'instance par la RMAAQ apparaissent déterminantes dans cette affaire.

[16] Dans le secteur forestier, la confirmation du non-renouvellement d'une entente-cadre¹⁴ (1993-2016) a engendré beaucoup d'incertitude dans les relations d'affaires de trois régions sous plans conjoints. Un cycle nouveau de différends entre les vendeurs et acheteurs s'est enclenché, notamment dans la région de Québec¹⁵. Les petits propriétaires forestiers cherchent ainsi à augmenter leur pouvoir de négociation auprès des scieries par une négociation collective (Normand 2021). Les producteurs forestiers peuvent « autoréglementer » l'exploitation et la mise en marché du bois, dans les

9 Décision 11555. La RMAAQ avait également arbitrée les termes de la convention précédente (Convention de mise en marché des porcs 2016-2019, Décision 10759, rectifiée quelques fois).

10 Respectivement, les décisions 11677, 11674, 11844, 11757, [11830, 11814 et 11778] et 12128.

11 Décision 12128.

12 « Entre le moment de la rédaction de cet article et sa publication, la situation du secteur du porc a beaucoup évoluée. La position du plus important acheteur et signataire de la convention avec l'office de producteurs, Olymel, est devenue critique. Si bien que le nombre de porcs abattus par l'entreprise diminuera de 1,1 million au terme de sa restructuration (plusieurs fermetures d'usine récentes et en cours) sur les quelque 7 millions produits au Québec annuellement. Une suite d'événements a mené à cette conjoncture défavorable : consolidation du marché par l'acquisition des actifs de F. Ménard par Olymel en 2019, contraintes liées à l'abattage en période pandémique, diminution des importations de la Chine, pénurie de main-d'œuvre et inflation. Néanmoins, malgré des négociations (15 mois) qui se sont avérées parfois tendues entre les parties prenantes, la conciliation (7 mois) a permis d'en arriver à une convention négociée. Elle devra recevoir l'homologation par la RMAAQ pour entrer en vigueur (Parent 2023).

13 Décision 11421.

14 La fin de cette entente engendre à elle seule un arbitrage dont le processus entier a duré de 2017 à 2021, avec 22 jours de séances en 2019-2020, impliquant 6 parties au total et six avocats.

15 Des séances ont été tenues entre novembre 2021 et avril 2022.

possibilités laissées par la Loi, mais différents acheteurs demandent le sursis de l'application des règlements, d'ailleurs approuvés par la RMAAQ. Cette dernière doit donc trancher la situation, à titre d'arbitre, surveillante et régulateur économique. Du point de vue de la problématique de l'article, ces cas illustrent en quelque sorte un indice de judiciarisation des relations entre les intervenants, une complexification et une persistance dans le temps de leurs différends. En parallèle au portrait venant d'être établi, le positionnement théorique fait dans la prochaine section permet de mieux situer les composantes choisies pour opérationnaliser le phénomène de judiciarisation.

2. POSITIONNEMENT THÉORIQUE : LES TRAVAUX EN ÉCONOMIE NÉO-INSTITUTIONNELLE ET EN DROIT ET ÉCONOMIE (LAW AND ECONOMICS)

[17] Deux orientations sont empruntées afin de proposer une explication partielle à la problématique de recherche. D'abord, la RMAAQ se compare à une méso-institution publique d'enforcement des contrats qui déploie des mécanismes s'apparentant à des mécanismes d'ordre privé. Ensuite, les conditions existant dans le contexte pratique de résolution des litiges dans l'agroalimentaire portent à croire en l'existence du phénomène de judiciarisation. Comme explication partielle, les auteurs avancent une interconnexion et une coordination non pas stables, mais déséquilibrées. Pour comprendre les causes du déséquilibre, il faut une sophistication et une compréhension en détail, ce qui justifie le choix de la méthodologie (section 4). Les prochains paragraphes illustrent le raisonnement derrière ce positionnement.

[18] Le régime de régulation de la mise en marché collective des produits agricoles peut être associé à trois grandes strates institutionnelles, où la RMAAQ agit comme méso-institution. L'économie néo-institutionnelle comme corpus théorique conceptualise la nature et les fonctions de ce type d'intermédiaire entre les opérateurs de transactions quotidiennes (micro) et les règles générales (macro) encadrant les activités d'un domaine (Ménard 2018, Ménard, Shirley 2014, North 1990). Dans le domaine des services publics (*utilities*), le rôle et la variété des méso-institutions, dans le langage européen « les agences de régulation », ont été explorés notamment dans le secteur de l'eau (Ménard 2017, Ménard et al. 2018). Ces études empiriques montrent que les méso-institutions jouent un rôle de mise en œuvre des politiques décidées et donc ont un impact sur leur efficacité ou performance. Pour répondre à l'objectif de documenter et de développer une explication à la judiciarisation apparente, il faut ouvrir la boîte noire de la méso-institution et de la mise en œuvre du procédé quasi-judiciaire et cartographier ses composantes.

[19] L'efficacité « de la politique » ou du cadre législatif doit être analysée à la lumière des contrats pris entre des parties privées et visés par une procédure encadrant la négociation, la signature, l'application et l'exécution, dont la surveillance et la responsabilité incombent à la RMAAQ. Les apports théoriques doivent permettre de saisir en quoi il peut y avoir une complexification d'ordre juridique dans le processus. Une variante du corpus de l'économie néo-institutionnelle, le Law and Economics, s'intéresse aux institutions légales, publiques ou privées, qui supportent les engagements et le respect des contrats dans un type de marché économique (Hadfield

2008, Rubin 2008, Greif 2008). Elle distingue les institutions et les procédés judiciaires d'ordre public et ceux d'ordre privé. L'ordre public renvoie aux tribunaux de droit commun ou aux cours de justice « traditionnelles », soit des structures appartenant au pouvoir judiciaire de l'État. L'ordre privé repose sur des mécanismes spécialisés d'exécution des contrats (ex. la réputation), avec des arbitres, une législation, une réglementation et des procédures adaptées (Richman 2004; Rubin 2008, Greif 2008).

[20] La justice administrative est, de ce point de vue, hybride. Les tribunaux administratifs se situent dans la branche exécutive de l'État (ordre public), mais le domaine législatif et procédural est spécialisé et adapté au contexte économique régulé et aux acteurs privés qui le composent. La judiciarisation semble nuire aux résultats d'efficacité et de qualité attendus d'un procédé quasi-judiciaire « spécialisé ». Pour comprendre en amont les facteurs explicatifs, il faut, selon Hadfield (2008), s'intéresser aux conditions organisationnelles et de gestion dans le contexte pratique de résolution des litiges, y observer les institutions légales à l'œuvre (le droit, les avocats, les juges, le personnel des cours de justice, etc.), la stabilité ou le déséquilibre apparents de leur interconnexion et leur coordination.

2.1 MODÈLE INITIAL : COMPOSANTES ÉTUDIÉES DU PHÉNOMÈNE DE LA JUDICIARISATION DU PROCESSUS DE RÉOLUTION DES LITIGES CONTRACTUELS

[21] En combinant le portrait de la RMAAA, les cas récents d'arbitrages et le positionnement théorique ci-dessous, une première analyse de données connues permet une modélisation du phénomène de judiciarisation en cinq composantes : la nature et la durée des dossiers, la présence d'avocats, l'utilisation des modes alternatifs et le procédé quasi-judiciaire de la RMAAQ. La question de recherche est reformulée ainsi : quelles sont les causes du déséquilibre de la résolution des litiges contractuels devant la RMAAQ, matérialisées à travers les cinq composantes choisies ? Ces composantes renvoient au « Observer quoi » (Dépelteau 2010) de la recherche et opérationnalisent le concept de judiciarisation dans le contexte précisément étudié (Mahé et McLauchlin 2021). Les indicateurs, dont la démarche cherche à déterminer, ramifient les composantes et ils les expliquent.

3. DÉMARCHE DE RECHERCHE : DIAGNOSTIC DE L'ÉVOLUTION DES CONFLITS DANS L'AGROALIMENTAIRE À PARTIR DES PERCEPTIONS DES ACTEURS

[22] La documentation du phénomène de judiciarisation, un sous-objectif de cette étude, passe par l'identification des facteurs qui alimentent chacune des composantes. En analysant et en faisant converger ces facteurs, une explication sur l'origine de la judiciarisation apparente des conflits dans l'agroalimentaire québécoise est proposée, soit le deuxième sous-objectif visé.

[23] Au point de vue de la collecte des données, des entretiens semi-dirigés d'une soixantaine de minutes ont été conduits auprès d'acteurs intervenant devant la RMAAQ, dont les trois catégories sont : les offices de commercialisation (7), les

associations accréditées d'acheteurs (3) et des avocats œuvrant régulièrement devant ce tribunal (5). Pour des raisons de confidentialité et d'anonymat requis, la liste des participants n'est pas divulguée. Ce choix a permis une plus grande ouverture des participants vis-à-vis ce sujet dont le degré de sensibilité est élevé, d'autant plus que le noyau dur de personnes morales et physiques (notamment les avocats) devant la RMAAQ est relativement petit. Néanmoins, nous pouvons affirmer que le nombre d'années actives dans le domaine se situe entre 9 et 45 ans et le nombre de demandes présentées devant la RMAAQ, entre 2 et 500.

[24] Pour saisir le déséquilibre possible dans le processus de résolution des conflits, la clientèle visée ou acteurs à l'instance de la RMAAQ apparaissent les mieux placés. Ils expérimentent et vivent le processus parfois depuis une à deux décennies; ils sont au fait du contexte pratique. Au travers, les questions suivantes, leurs impressions et leurs perceptions sur chacune des composantes, par induction, permettent de connaître les facteurs ayant contribué à une évolution possible de la résolution des conflits :

Par rapport à il y a une quinzaine d'années, [...]

1. Trouvez-vous que la nature des conflits a évoluée avec le temps ?
2. Trouvez-vous que les conflits sont plus longs ou moins longs à régler ?
3. Trouvez-vous que les conflits entre les parties impliquent plus ou moins le recours à des avocats ?
4. L'utilisation respective de la négociation, de la conciliation et de l'arbitrage a-t-elle changé ?
5. Trouvez-vous que le processus de la Régie s'est judiciairisé ?

[...] Expliquez votre point de vue.

[25] Le principe de saturation de l'information est apparu vers le douzième entretien, donnant un aperçu optimal de la situation (Van Campenhout, Marquet, Quivy 2011). Au point de vue de l'analyse des données, le codage ouvert s'est fait sur la base de la recherche d'indicateurs, thèmes, mentions, perceptions, permettant de réduire les données sur la base de deux classes : composante caractérisée par un changement (progression ou régression) ou par l'absence de changement (Point 2018).

[26] D'un point de vue d'échantillonnage, le choix d'analyser le type de conflit découlant du cadre contractuel entre les offices de commercialisation et les acheteurs accrédités se justifie par au moins quatre raisons. Premièrement, la valeur en cause dans ce type de litiges est souvent majeure (en millions de dollars de retombées directes et indirectes), et la performance des contrats affecte la conduite efficace et ordonnée de la mise en marché (art.5). Deuxièmement, contrairement au grief de producteur individuel, les arbitrages de convention sont d'intérêt général et impliquent la tenue de séances publiques. Une appréciation, par l'observation non participante de quelques séances, du « réel » de la résolution de conflits enrichit grandement la collecte de données par entretiens et documents (Creswell, Creswell 2018). Troisièmement, la tendance à la

représentation par avocat est davantage présente dans ce type de litige, que celui qui oppose un producteur, souvent représenté seul, et son office. Enfin, en étudiant les relations entre organisations (dizaines) et non entre individus (milliers) et organisations, une ouverture plus large peut être faite, en incluant plusieurs secteurs et une meilleure représentativité. Les organisations représentent et sont la voix parfois de centaines de membres, ce qui permet de toucher une plus grande part de la clientèle et des expériences possibles du procédé quasi-judiciaire.

4. PRÉSENTATION DES RÉSULTATS

[27] Globalement, l'ensemble des catégories d'acteurs rencontrés perçoivent, dans la pratique de la résolution des litiges et dans les relations contractuelles, cette forme de déséquilibre associé à la judiciarisation. Le Tableau 1 compile les résultats du codage ouvert et inductif effectué. Pour chaque composante de la judiciarisation étudiée sur 15 ans, les facteurs les plus récurrents et « explicatifs », d'après les impressions des acteurs, ont été retenus. Ils contribuent à saisir les déterminants qui alimentent l'évolution des cinq composantes. À la deuxième colonne, le chiffre entre parenthèses représente le nombre de mentions obtenues. Par exemple, à la question #1, « Trouvez-vous que la nature des conflits a évolué avec le temps ? », deux alternatives se dessinaient (plus ou moins complexe). Les propos compilés tendent vers l'alternative d'une nature qui s'est complexifiée avec les années. La question de recherche et le sous-objectif connexe de documenter ce phénomène sont donc résolus. La sélection d'extraits représentatifs et de résumés complémente les résultats compilés au Tableau 1 (page suivante), et ce, pour chacune des composantes du déséquilibre.

4.1 UNE NATURE DOUBLEMENT COMPLEXE : CHANGEMENTS EXTERNE ET INTERNE

[28] À la base de l'arbitrage, il y a le conflit dans la relation contractuelle. Les différends entre les offices et les acheteurs ont beaucoup évolué depuis une quinzaine d'années, affectés par des pressions internes et externes au régime de régulation. Du côté des facteurs endogènes au régime de régulation, la majorité des intervenants ont souligné la complexité croissante des dossiers en raison de leur nature de plus en plus pointilleuse et d'ordre juridique. Cela entraînerait par ailleurs une présence plus fréquente des experts pour traiter de ces questions factuelles complexes. Selon les participants, les demandes adressées à la RMAAQ concernaient, il y a 15 ans, des principes généraux de régulation économique et des valeurs comme l'équité dans les relations entre vendeurs et acheteurs, à la base même de l'institutionnalisation de ce système de régulation en 1956. Une culture juridique devant l'instance s'est développée, empiétant sur la place qu'occupent les enjeux économiques et politiques, dits d'opportunité. Un avocat d'expérience dans le domaine résume :

Ce sont éternellement les mêmes questions, les gros producteurs contre les petits, les transformateurs qui en veulent plus, les offices qui en veulent plus. La nature n'a jamais changé. Tout ce qui tourne autour des litiges a changé, droit, procédures. C'est présenté différemment, mais le litige est le même. [...] Tout le secondaire – le crème – a changé, mais le gâteau est le même.

Tableau 1. Réduction et codage des données : facteurs expliquant l'évolution des composantes de la judiciarisation

Composantes	Comparativement à il y a 15 ans...	Facteurs explicatifs
Nature	Plus complexe (17)	Dossiers
		Dynamique des marchés Personnes en place Maturité sectorielle Réglementation
Durée	Plus longue (13)	Dossiers Rôle stratégique des experts et des avocats Gestion des audiences laxiste Technologie défaillante
	Moins longue (3)	Harmonie dans les négociations
Présence d'avocats	Plus importante (14)	Plus de préparation Automatisme Surenchère
	Moins importante (3)	Harmonie dans les relations contractuelles (moins de litiges, moins d'avocats)
Modes de résolution des conflits	Plus d'arbitrages (9)	Conciliation infructueuse Personnalités et dynamiques sectorielles Enjeux monétaires
	Moins d'arbitrages (6)	Négociation et coopération dans les relations contractuelles Évitement volontaire
Processus de la RMAAQ	Plus judiciarisé (16)	Plus avocats dans l'écosystème (parties au dossier et régisseurs sur le banc) Diminution du rôle de régulateur économique Prudence et décisions « légalisées »

[29] Le crémage est devenu plus épais, semble-t-il, pour plusieurs, mais le gâteau aurait également changé de composition selon certains autres. La concentration des entreprises en amont et en aval de la production agricole, mais aussi les exploitations agricoles elles-mêmes – offrant ainsi moins d'opinions, moins de possibilités d'aller chercher un meilleur prix –, les accords commerciaux, le maintien d'une culture de marché libéralisé dans d'autres juridictions, le resserrement de la mise en marché par la mise en place de plus d'outils collectifs et coercitifs, sont tous des facteurs qui agissent sur les conflits entre les acheteurs et les vendeurs.

[30] Les composantes internes et externes s'entremêlent et la ligne de démarcation entre les deux est poreuse. Les externalités engagent de nouvelles réglementations (ex. le bien-être animal ou l'impact sur l'environnement de la production agricole, le commerce international), qui elles complexifient le corpus global autour de la mise en marché. Les situations sont souvent réglementées à la pièce. Le droit agricole, soit le volet de droit privé du régime de régulation, a vu sa nature légale, commerciale et corporative s'accroître (Représentant du groupe avocats). Les questions soumises à la RMAAQ sont donc plus complexes.

[31] Dans un autre ordre d'idées, un élément important faisant varier la judiciarisation d'un secteur à l'autre est la maturité du fonctionnement des transactions et les personnalités en place dans la gouvernance du secteur (autant acheteurs qu'offices). Plus spécifiquement, ce qui peut varier c'est : la stabilité du secteur, c'est-à-dire l'historique de mise en place des outils collectifs – « de vieux outils rodés » offrent une stabilité dans la réglementation et les relations d'affaires –, la volonté de part et d'autre d'éviter la forme « judiciarisée » de résolution des conflits, la situation de certaines personnes ayant des postes-clés dans le complexe production-transformation, rendant parfois inévitablement lourd et complexe le processus.

4.2 LE TEMPS C'EST DE L'ARGENT

[32] Considérant la complexité grandissante des enjeux traités dans les arbitrages, combinée à une culture judiciarisée de la résolution des conflits, la longueur du processus peut rapidement devenir un enjeu de ressources financières majeur pour les parties impliquées. Les délais sont une composante déterminante des coûts supportés par les parties au litige. Différentes raisons ont été exprimées pour expliquer cette évolution vers des arbitrages plus longs : principalement la complexification de la nature des dossiers, qui exige plus de préparation légale et donc plus d'avocats et de procédures, ainsi un règlement de différend qui dure.

[33] Préparation, négociation, conciliation, arbitrage, « l'après » décision, et, parfois, nouvel arbitrage sur une question incomprise dans la mise en œuvre de la décision... Les frais associés à un conflit et notamment à la présence, plutôt l'omniprésence des avocats, deviennent majeurs. Évidemment, ce ne sont pas tous les secteurs qui ont les moyens de prendre leur temps pour régler les conflits. Cela force à être plus imaginatif dans la solution, au risque que certaines requêtes (sur le prix au producteur) ne soient pas entièrement satisfaisantes. Le propos suivant exprime bien cette interconnexion variable entre les secteurs :

Dans [ce secteur-ci], ça roule assez bien. Mais j'ai vu de mes yeux vus, dans [un secteur en moyen], la Régie était trop laxiste, y'avait beaucoup de tactiques d'avocats, on décale des séances, on prend des pauses, on revient. La RMAAQ devrait gérer ça plus serré. Une faiblesse de la RMAAQ je dirais. Il faut mettre des limites. Elle aurait avantage à tenir un plan de match, "bon là, les avocats, vous avez tant de temps, si vous dépassez, c'est fini, vous n'avez plus de temps ». (Représentant du groupe acheteurs).

[34] À ce sujet, la RMAAQ a mis en place un protocole de gestion de l'instance afin d'éviter les débordements et de forcer les parties et leurs avocats à s'en tenir au plan (preuve, interrogatoire des témoins, contre-interrogatoire, expertise, plaidoirie) (Observation lors de séance publique). Ce protocole s'applique pour les arbitrages de trois jours et plus. Cette réactivité du tribunal administratif est un atout pour une gouvernance efficace de ses activités.

4.3 L'AVOCAT : ACTEUR AU CENTRE DE LA JUDICIARISATION DES RELATIONS ENTRE OFFICE ET ACHETEURS

[35] Parmi l'ensemble des propos recueillis et compilés, la composante « avocat » semble être la plus centrale de toutes. La présence des avocats à l'instance affecte

directement la longueur potentielle des conflits, la possibilité de régler par des moyens informels et la façon dont les procédures de la RMAAQ peuvent s'alourdir. Ceux-ci représentent une façon de faire, un processus particulier, autre que le formalisme minimal souhaité par les principes de la justice administrative. La complexification des enjeux de la mise en marché traduit dans les relations contractuelles exige une meilleure préparation des arbitrages et donc un recours plus important aux avocats. Cet acteur clé illustre les transformations qu'a subies le contexte de la résolution des litiges dans les dernières 15 années. D'après les observations non participantes effectuées, dans le cercle fermé de la vingtaine d'avocats souvent présents devant cette instance, pour divers clients, il y a un spectre de style d'avocats, qui peuvent éclairer l'audience et la rendre plus efficace par moment. L'inverse est aussi vrai, il y a des types avec lesquels les audiences peuvent rapidement déborder (« effet de toge », « avocasserie » et « procédurites », diront certains). C'est là où la gestion de l'audience prend son importance.

[36] Le rôle de l'avocat n'est pas remis en question ici. Au contraire, devant cet environnement complexe qu'est devenu l'agroalimentaire local et international, les enjeux réglementaires peuvent sembler à la fois incontournables et inaccessibles pour les représentants des offices et des acheteurs (ex. directeurs généraux). L'avocat agit comme conseiller juridique pour les parties, à diverses occasions, litigieuses ou non. Que ce soit sur l'écriture des règlements, d'une disposition particulière d'une convention de mise en marché faisant l'objet d'un conflit, leur modification et leur interprétation qui passent par eux. Leur présence dans les conflits entre acheteurs et vendeurs, où souvent beaucoup d'argent est en jeu, est donc devenue un automatisme pour la grande majorité des intervenants sondés. Sur cette composante, un représentant du groupe avocat tient une hypothèse intéressante sur l'origine de ce mouvement vers une judiciarisation, confirmée par d'autres participants. Il semble que la RMAAQ ait été plusieurs fois « cassée » par les tribunaux supérieurs, aux motifs qu'elle ne s'appuyait par suffisamment sur la règle de droit, sur la loi, et trop sur des arguments d'opportunité et de régulation économique. Selon ce même avocat, cela a déclenché une forme d'engrenage :

[...] Plus tu t'assoies sur la loi, plus tu tombes dans le juridique, plus ça prend des avocats à l'instance. [...] Je pense que les offices et les acheteurs se disent, "je pourrais y aller, mais les chances sont tellement élevées que ça tombe dans un débat de droit, que je ne peux pas y aller sans avocat. Et je suis mieux d'impliquer mon avocat day one que d'avoir à y faire prendre une bouche super grande et il *rush*e à la fin.

4.4 ENTRE FAIBLESSE ET DÉVELOPPEMENT DES MODES ALTERNATIFS

[37] La valorisation et le développement des modes alternatifs signifient l'adoption d'une culture nouvelle au sein du tribunal, nécessaire pour contrecarrer ou limiter les effets négatifs de la judiciarisation des relations contractuelles. Il s'agit de la composante où la répartition, entre ceux qui observent plus d'arbitrages qu'auparavant (judiciarisation) et ceux qui observent des formes moins formelles de résolution des conflits, est la plus près d'être équivalente (9 contre 6 respectivement et 2 qui n'observent pas de changement). Les facteurs compilés au Tableau 1 montrent que « ça dépend ».

[38] Certains remarquent que le recours au cadre tripartite de résolution des conflits, soit avec la RMAAQ à titre d'arbitre, est moins fréquent. Certains se disent en mesure, en fonction de leur dynamique sectorielle propre, de régler les conflits ensemble, de manière bipartite. Cela n'est donc pas nécessairement lié à l'efficacité des modes alternatifs dans leur secteur, plus à ce que les parties prenantes veulent « à tout prix » éviter l'arbitrage, pour ce que cela implique (temps, coûts, ressources). Cela force le règlement hors tribunal. Au contraire, des secteurs semblent plus susceptibles de « se chicaner », et le recours à des modes alternatifs serait bénéfique. Cependant, le processus de la conciliation dans le cadre de la signature des conventions apparaît plus ou moins efficient à produire les résultats voulus, en raison notamment du manque de formation adéquate des conciliateurs. Cette faiblesse a limité l'évitement de l'arbitrage dans bien des cas, notamment dans des contextes où les questions en litiges comportent un degré élevé de sensibilité, comme le prix et les revenus des producteurs et des rapports de force déséquilibrés. Dans ces cas, les compromis sont souvent difficiles. De plus, bien que les intervenants, dont les avocats, se soumettent plus volontiers à la culture de négociation raisonnée, certains se posent la question : « Mais y a-t-il de réels impacts statistiques. Soit les gens se sentent obligés de le faire, soit ils aiment le faire. La négociation raisonnée est-ce que ça change les choses, je ne suis pas convaincu, mais ça vaut la peine de l'essayer. » (Représentant du groupe avocats)

4.5 SITUATION DES PROCÉDURES DE LA RMAAQ DANS LE CADRE DE LA RÉOLUTION DES CONFLITS

[39] L'ensemble des participants soulignent un cadre de la résolution des conflits qui s'est judiciarisé dans les dernières quinze années. À l'origine de cette évolution, plusieurs, notamment les juristes, mentionnent la période de révision judiciaire évoquée précédemment (« trilogie de jugements »). Les règles de procédures de la RMAAQ, inspirées des principes codifiés dans la *Loi sur la justice administrative*¹⁶ semblent avoir eu un rôle à jouer. Le droit de se faire entendre et d'émettre des observations, la clause *audi alteram partem*, est un principe fortement respecté par la RMAAQ. Ce qui amène des dérives pour certains, « de la procédurite plus que les tribunaux [de droit commun] [...] C'est toute une histoire pour faire un amendement. [...] » (Représentant groupe avocats). Les observations non participantes ont permis de constater ces éléments soulevés par les participants aux entretiens. La RMAAQ tente de ménager la chèvre et le chou et de garder l'équilibre entre la flexibilité et le respect des procédures quasi-judiciaires auxquelles elle se soumet. En arrière-scène, ce souci évident de laisser à tous l'occasion de s'exprimer.

[40] Le cas de l'arbitrage de plus de 40 jours dans le secteur de la volaille¹⁷ fut mentionné comme un exemple notoire de « moyen de preuve [...] disproportionné » (Représentant du groupe avocats). Pour plusieurs, la souplesse procédurale conférée à un tribunal administratif comme la RMAAQ ne devrait pas nuire à son efficacité. Le resserrement des règles du jeu et une gestion d'instance plus serrée limitent les débordements, donc les coûts et les délais induits, avec des délibérés moins longs. Parmi les effets du cycle de contrôle judiciaire, il y a que ce tribunal administratif

¹⁶ RLRQ, c. J-3

¹⁷ Décrit à la section 1.1 de cet article.

est devenu plus prudent, conservateur dans l'interprétation de la Loi et plus formel dans certaines procédures. En contrepartie, la RMAAQ montre plus de rigueur dans ses obligations statutaires et ses décisions sont davantage fondées sur le droit applicable et sa propre jurisprudence.

Elle est plus conservatrice, parce qu'il y a probablement eu trop de libéralisme dans les décisions. Elle s'est fait casser par les tribunaux supérieurs sur de grosses décisions, puis c'est ça qui a amené une forme de vigie au niveau juridique qui est plus importante [...]. (Représentant du groupe offices de commercialisation).

[41] Ce « conservatisme juridique » entraîne plus d'avocat dans l'écosystème de l'institution, que ce soit ceux sur le banc des régisseurs et ceux représentant les parties prenantes. La présence accrue d'avocats engendre plus de formalisme dans les procédures, ainsi un processus de la RMAAQ et un contexte tous deux marqués par une forme de judiciarisation. Contrairement à plusieurs représentants des offices et des acheteurs, les avocats voient l'argumentation juridique comme souhaitable pour plus de stabilité et de prévisibilité.

5. DISCUSSION

[42] La question à l'origine de ce travail était d'identifier les facteurs qui alimentent le phénomène de judiciarisation, s'il existe réellement. Cet enjeu marque définitivement ce domaine régulé et, plus spécifiquement, les relations contractuelles encadrées par la Loi et la RMAAQ. Les facteurs compilés au Tableau 1 répondent à la question de recherche. La présentation des résultats et les extraits choisis documentent le phénomène (premier sous-objectif). En filigrane, cette documentation dresse une judiciarisation des conflits non pas quantitative (Graphique 1 : le nombre de recours n'est pas plus important au fil des ans), mais plutôt qualitative. Quant au second sous-objectif, soit d'en développer une explication, deux causes ressortent : les forces exogènes et les forces endogènes (Ménard 2016, p. 44)¹⁸ au système réglementé et leur incidence sur le procédé du tribunal administratif.

[43] Ce qui apparaît déterminant dans le cycle de résolution des litiges, c'est une complexification de son élément déclencheur : la nature du conflit. Des forces exogènes à l'environnement contractuel « circonscrit » agissent sur la potentialité des questions litigieuses et leur nature. À ce titre, les relents de la globalisation de l'agriculture et du néolibéralisme des années 1980-1990 ont un effet contourné, mais fort (Morisset 2010, p. 83-85). Avec l'accélération de la globalisation se sont imposées une redéfinition du « marché » et la transformation des règles commerciales, notamment via des accords internationaux. Certains sous-secteurs ont bénéficié du changement des règles du jeu (ex. le porc), d'autres sont mis épisodiquement à rude épreuve, notamment ceux sous gestion de l'offre (ex. volaille). Il reste que, tous secteurs confondus, les compétiteurs des acheteurs accrédités québécois ne se trouvent plus uniquement au Québec ou en Ontario, mais sur la scène internationale. Le droit contractuel s'en trouve modifié. La

¹⁸ Ménard (2016, p. 44), propose les concepts de forces exogènes (crise ou changement politique, accords internationaux, etc.) et endogènes (réinterprétation du droit existant, insatisfaction menant à enfreindre les règles, etc.) pour expliquer la réforme des méso-institutions et de leurs mécanismes.

gestion des coûts et des risques contractuels a changé de part et d'autre des parties prenantes aux conventions de mise en marché, et ce, en période ex-ante et ex-post de leur signature (Williamson 1985). Pour ce qui est du néolibéralisme, les réformes des modèles de régulation jugés trop interventionnistes, ici et ailleurs dans le monde, ont eu pour incidence la remise en cause et la perte de « popularité » des régimes d'action collective et de l'intervention étatique (Royer, Couture et Gouin 2014). Le forum de résolution des litiges devant la RMAAQ est aussi l'occasion pour certains de remettre en question ou de déstabiliser l'action collective et les principes qu'elle défend.

[44] Du côté des forces endogènes, la RMAAQ opère dans un environnement institutionnel donné, envers lequel elle se montre perméable, duquel elle apprend et s'adapte d'un point de vue institutionnel (règles de régie interne, protocole de gestion d'instance, services de conciliation et médiation) et organisationnel (répartition des ressources, formation des régisseurs). Les dynamiques internes des régimes de régulation sont alimentées par des phénomènes, des contraintes et des solutions qui leur sont propres, via un processus en boucle (Guidi, Guardiancich et Levi-Faur 2020). C'est l'identification progressive du problème de la judiciarisation, et son impact nuisible sur la mise en marché efficace et ordonnée, qui ont amené la RMAAQ à repenser ses procédures et ses services, les acteurs régulés, supportant les coûts et délais, à se responsabiliser et les avocats à optimiser leurs interventions. À titre d'exemple, mentionnés plusieurs fois, l'efficacité et le succès des modes alternatifs s'avèrent mitigés. Ce cadre plus informel ne semble pas s'arrimer avec des acteurs et des sous-secteurs d'activités spécifiques. Cependant, certains intervenants, et la RMAAQ au premier rang, cherchent à dé-judiciariser le cadre de résolution des litiges contractuels ou à limiter les effets pervers. C'est ce que la répartition des mentions illustre (Tableau 1), notamment à la composante des modes alternatifs et leur utilisation. Il s'agit d'une tentative de mieux coordonner les institutions et organisations à l'œuvre dans la résolution des conflits et rééquilibrer les relations en cause (Hadfield 2008). Il s'agit d'une illustration du processus d'apprentissage et d'adaptation, chez les acteurs réglementés et le tribunal administratif.

[45] En parallèle, les organisations et les acteurs se sont également adaptés au cycle de révision judiciaire présenté précédemment. Il s'agit d'une force endogène en ce sens que le Pouvoir judiciaire et la RMAAQ, dans la branche exécutive de l'État, sont deux structures institutionnelles ayant interagi (Silva et Guimaraes 2021, Ménard 2017), ce processus aboutissant sur une réinterprétation du droit agricole et des procédures de la RMAAQ. Pour mieux visualiser, l'Annexe 1 illustre l'évolution des pourvois en contrôle judiciaire, entre 2000 et 2021. On note effectivement une période plus « active » entre 2002 et 2014, ce qui concorde avec une forte activité de demande d'arbitrages, tel que vu au Graphique 1 ci-haut. Au sens des propos compilés, cela aurait déclenché une sorte d'engrenage : exigence de plus de rigueur chez les régisseurs et de *rule of law* dans un contexte de régulation économique, puis de formalisme, par la suite d'avocats aptes à absorber ces exigences technico-légales et, enfin, un automatisme ou surenchère d'avocats à l'instance.

[46] Ce qui paraît étonnant dans le corpus recueilli, c'est que la judiciarisation du processus de résolution montre des avantages quant à la qualité et la performance de l'administration de la justice. Des règles de procédure plus transparentes et équitables

pour tous, basées sur la règle de droit. Un effet évoqué dans les entrevues est l'application plus stricte des obligations législatives et réglementaires aux offices de commercialisation. Certains parlent de « retour du balancier » d'une époque où les régisseurs étaient « capturés » par l'industrie que vise la réglementation (Veljanovski, 2010). Parallèlement, cela permet une prévisibilité et une standardisation des actes de la RMAAQ dans ce cadre de la résolution des litiges. Un élément positif de cette transformation du tribunal, à plus long terme : l'acceptabilité et la crédibilité du régime de régulation, appuyé par un plus grand nombre d'intervenants. Du côté des désavantages perçus, l'augmentation du formalisme dans les procédures ouvre la porte à plus de dérives, notamment pour les secteurs qui en ont les moyens, une omniprésence des avocats et donc une perception d'éloignement du rôle fondamental de régulateur économique de l'institution. La capacité d'action pour contenir ces désavantages semble reposer sur : l'imposition d'une réelle culture des modes alternatifs (Mullan 2005), une collaboration constante et de bonne foi des parties (incluant les avocats) et des régisseurs qui administrent toujours plus efficacement le processus d'arbitrage par la mise en œuvre de divers outils.

CONCLUSION

[47] Cette recherche a permis l'ouverture de la boîte noire du processus quasi-judiciaire la RMAAQ et son évolution depuis 15 ans. L'identification et l'analyse des facteurs expliquant les composantes de la judiciarisation ont permis de proposer une explication à ce phénomène. Le cycle de révision judiciaire des années 2000 a eu pour conséquence l'adoption, par la RMAAQ, d'une forme de vigie au niveau juridique. Par effet boule de neige, pour les acteurs, le contexte de résolution des litiges se montre dès lors plus formel et judiciarisé. Cependant, nos résultats montrent que les risques de dérives ou de tendance à la judiciarisation s'observent dans des secteurs et des dossiers spécifiques.

[48] À titre de bonification du modèle initial (section 2.1), une composante additionnelle au phénomène de judiciarisation est suggérée : le rôle des experts en contexte d'arbitrage et son évolution depuis 15 ans. Les données analysées montrent que l'indicateur « technico-juridique » ou le duo expert(s) et avocat(s) révèle une forme judiciarisée du processus, constaté par d'autres (Simard 2010, 2014). Une seconde limite, cette fois dans l'échantillonnage, est la représentativité des acheteurs (3) comparativement aux offices de commercialisation (7). Le taux de non-réponse aux demandes d'entretien fut important dans la catégorie acheteurs.

[49] La démarche inductive comporte des retombées importantes (Trudel, Simard, Vonarx 2007). La présente étude permet l'identification d'une piste de recherche directement liée au second sous-objectif, qui était de développer une explication au phénomène. Le titre suggéré pour cette recherche connexe est « Interaction entre les branches exécutive et judiciaire de l'État: le cas de la RMAAQ (2000-2021) ». L'objectif visé est de comprendre les motifs de révision des décisions rendues par la RMAAQ devant la Cour supérieure et, ultimement, devant la Cour d'appel du Québec (voir Annexe 1), et d'en analyser les conséquences potentielles sur le mode opératoire du processus de résolution de la RMAAQ.

BIBLIOGRAPHIE

ASSIS, Jovean Assis et Tomas Aquino Guimaraes (2021). « Factors affecting judicial review of regulatory appeals », *Utilities Policy*, vol. 72, art. n° 101284.

BERNHEIM, Emmanuelle (2019), « Judicialisation de la pauvreté et non-accès aux services juridiques : quand Kafka rencontre Goliath », *Reflets : Revue d'intervention sociale et communautaire*, vol. 25, n° 1, p. 71-93.

CHESNAY, Catherine, Bellot, Céline et Marie-Ève Sylvestre (2019), « Judicialisation des personnes itinérantes à Québec : une géographie des pratiques policières répressives au service de la revitalisation », *EchoGéo*, vol. 28, p.1-17.

COMMAILLE, Jacques (2008), « La judicialisation : nouveau régime de régulation politique », dans Olivier Giraud et Philippe Warin (éd.), *Politiques publiques et démocratie*, Paris, La Découverte.

CRESWELL, John W. et David J. Creswell (2018), *Research design : qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*, Los Angeles, SAGE.

GARANT, Patrice, Garant, Philippe et Jérôme Garant (2018), *Précis de droit des administrations publiques*, 6e éd., Montréal, Édition Yvon Blais.

GARANT, Patrice (2014), *La justice invisible ou méconnue - Propos sur la justice administrative*, Montréal, Édition Yvon Blais.

GAVA, Roy (2021), « Challenging the regulatorys : Enforcement and appeals in financial regulation », *Regulation & Governance*, version en ligne.

GUIDI, Mattia, Guardiancich, Igor et David Levi-Faur (2020). « Modes of regulatory governance : A political economy perspective », *Governance*, vol. 33, n°1, p. 5-19.

GREIF, Avner (2008), « Commitment, Coercion, and Markets: The nature and Dynamics of Institutions Supporting Exchange », dans Claude Ménard et Mary M. Shirley (éd.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, p. 727-786.

HADFIELD, Gillian K. (2008), « The Many Legal Institution that Support Contractual Commitments », dans Claude Ménard et Mary M. Shirley (éd.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, p. 175-203.

ISSALYS, Pierre et Denis Lemieux (2020), *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administrative*, 4e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais.

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, RLRQ, c. M-35.1 : à jour au 1^{er} novembre 2021.

Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3 : à jour au 1^{er} novembre 2021.

MAHÉ, Anne-Laure et Theodore McLauchlin (2021). « Operationalization », dans Jean-Frédéric Morin, Christina Olsoon et Ece Özlem Atikcan (dir.), *Research methods in the social sciences – An A-Z of keys concepts*, New-York, Oxford University Press, p. 199-204.

MEJIA, Luis E. (2020), « Judicial review of regulatory decisions : Decoding the contents of appeals against agencies in Spain and the United Kingdom », *Regulation & Governance*, version en ligne.

MÉNARD, Claude et Mary M. Shirley (2014), « The futur of new institutional economics: from early intuitions to a new paradigm? », *Journal of Institutional Economics*, vol. 10, n° 4, p. 541-565.

MÉNARD, Claude (2016), *Institutional Aspects of Governance in Fisheries Management. Five Case Studies (Denmark, European Union, France, Senegal, United-States)*, Trade and agriculture directorate fisheries Committee, Organization for Economic Co-operation and Development.

MÉNARD, Claude (2017), « Meso-institutions: The variety of regulatory arrangements in the water sector », *Utilities Policy*, vol. 49, p. 6-19.

MÉNARD, Claude (2018), « Research frontiers of new institutional economics », *Management Journal*, vol. 53, p. 3- 10.

MORISSET, Michel (2010), *Politique et syndicalisme agricoles au Québec*, Québec, Les Presses de l'Université Laval.

MULLAN, David (2005), « Tribunal Imitating Courts – Foolish Flattery or Sound Policy? », *Dalhousie Law Journal*, vol. 28, n° 1, p. 1-27.

NORMAND, François (2021), « La mise en marché du bois divise l'industrie à Québec », *Les Affaires*.

NORTH, Douglass Cecil (1990), *Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.

PARENT, Marie-Josée (2023), « Nouvelle convention de mise en marché pour le porc », *Le Bulletin des agriculteurs*.

POINT, Sébastien (2018), « L'analyse des données qualitatives : voyage au centre du codage », dans Françoise Chevalier, Martin L. Cloutier et Nathalie Mitev (éd.), *Les méthodes de recherche du DBA*, Caen, Éditions EMS, p. 262-282.

RICHMAN, Barak D. (2004), « Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering », *Columbia Law Review Association*, vol. 104, n° 8, p. 2328-2368.

RMAAQ (2006). « Planification stratégique 2006-2009 », Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, Québec, Gouvernement du Québec.

RMAAQ (2017). « Plan stratégique 2017-2020 ». Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, Québec, Gouvernement du Québec.

RMAAQ (plusieurs dates), « Rapport annuel de gestion [2000-2021] », Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, Québec, Gouvernement du Québec.

RMAAQ (2021a). « La médiation. Projet pilote – 22 février 2021 », Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, Québec, Gouvernement du Québec.

ROYER, Annie, Jean-Michel Couture et Daniel-Mercier Gouin (2014), « Démantèlement et pérennité des offices de commercialisation : une question de paradigme ? », *Économie rurale*, vol. 341, n° 3, p. 25-40.

RUBIN, Paul H. (2008), « Legal Systems as Frameworks for Market Exchanges », dans Claude Ménard et Mary M. Shirley (éd.), *Handbook of New Institutional Economics*, Netherlands, Springer, p. 205-228.

SIMARD, Louis (2010), « Régulation et participation publique. L'expérience de la Régie de l'énergie du Québec (1997-2007) », *Globe*, vol. 13, n° 2, p. 51-74.

SIMARD, Louis (2014), « Effets et évolution des instruments d'action publique participatifs : le cas de la Régie de l'énergie », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 47, n° 1, p. 159-184.

SOENNECKEN, Dagmar (2013), « The Managerialization of Refugee Determinations in Canada », *Droit et société*, vol. 84, n° 2, p. 291-311.

TRUDEL, Louis, Simard, Claudine et Nicolas Vonarx (2007), « La recherche qualitative est-elle nécessairement exploratoire? », *Recherches qualitatives*, vol. 5, Hors-Série, p. 38-45.

DÉPELTEAU, François (2010). *La démarche d'une recherche en sciences humaines : de la question de départ à la communication des résultats*, Québec, Les Presses de l'Université Laval.

DESLAURIERS, Jean-Pierre (1991), *Recherche qualitative : guide pratique*, Collection Thema, Montréal, Mcgraw-Hill.

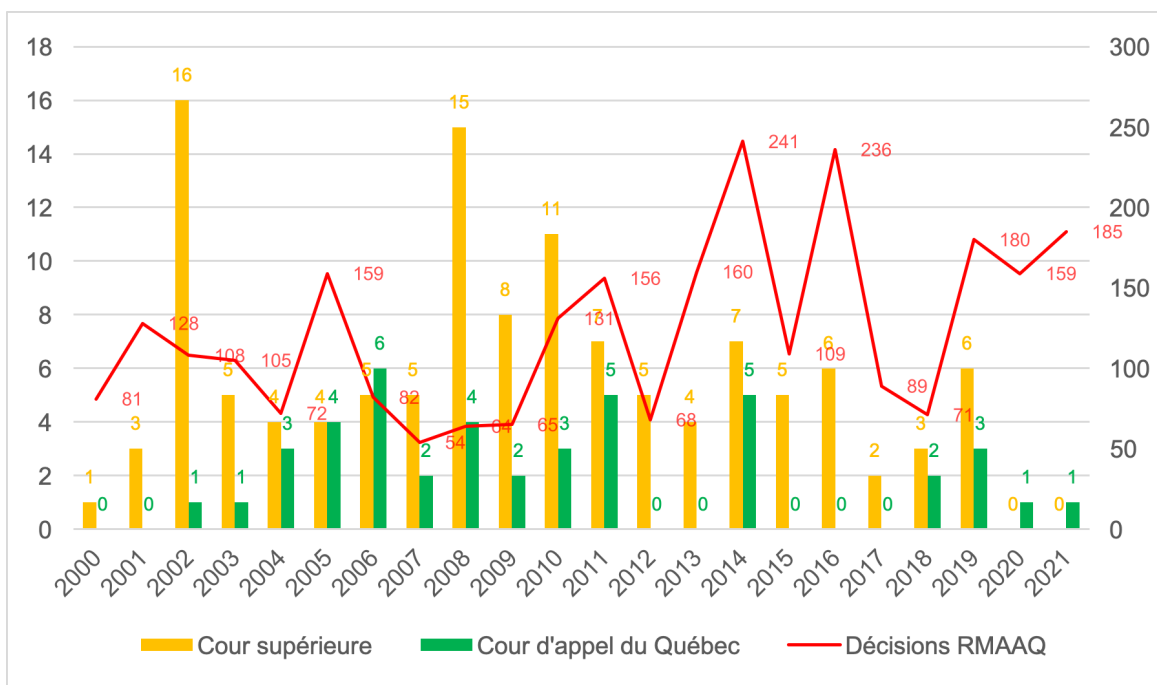
VAN CAMPENHOUDT, Luc et Raymond Quivy. (2011), *Manuel de recherche en sciences sociales*, 4e éd., Paris, Dunod.

VELJANOVSKI, Cento (2010). « Economic Approaches to Regulation », dans Robert Baldwin, Martin Cave et Martin Lodge (éd.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford Handbooks Online, Oxford University Press.

WILLIAMSON, Oliver E. (1985). *The Economic Institution of Capitalism*, New York, The Free Press.

Annexe 1

Évolution du nombre de décisions rendues par la RMAAQ et de pourvois en contrôle judiciaire (Cour supérieure et Cour d'appel du Québec), 2000-2021.



Source : CanLII.org

Note :

1. Différents articles de la Loi prévoit les modalités de révision interne, de contrôle politique et judiciaire des décisions de la RMAAQ. La RMAAQ peut réviser à l'interne toute décision qu'elle a rendue (art.19). Une seule fois, le gouvernement a modifié une décision de la RMAAQ (art.20). Les possibilités de contrôle judiciaire d'une décision de la RMAAQ sont limitées : sauf sur une question de compétence, aucune injonction n'est possible (art. 21) et la Cour d'appel peut annuler une décision, une ordonnance ou une injonction rendue (art.22).

2. Bien que peu analysée dans la littérature, quelques études s'intéressent à l'interaction entre les agences ou organismes de régulation (branche exécutive) et les cours (branche judiciaire). Silva et Guimaraes (2021) utilisent différentes variables indépendantes (longueur des procédures, sujet de décision, montant en cause, etc.) pour expliquer une présence ou absence de déférence aux décisions de neuf agences de régulation brésiliennes (2010-2019). Meija (2020) s'intéresse à deux types de régulateurs (compétition et télécommunications) dans deux pays (Espagne et Royaume-Uni), sous l'angle des capacités régulatrices et du principe administratif mis

en cause. L'auteur conclut que la surveillance judiciaire joue un rôle « politique », variant entre les secteurs et selon les caractéristiques institutionnelles des cours. Enfin, Gava (2021) investit les conditions sous lesquelles les entités réglementées contestent devant les cours les sanctions reçues. Pour les 18 régulateurs financiers de 13 pays européens (2004-2020), il s'avère que plus le montant des sanctions est important pour les individus, plus les risques d'appel sont plus élevés. Au contraire, les entreprises sanctionnées montrent moins « d'appétit » pour les recours.

TELEPSYCHIATRY AND MENTAL HEALTH EQUITY IN CORRECTIONAL FACILITIES: LEGAL OPPORTUNITIES AND CHALLENGES

Dimitri PATRINOS¹⁹

¹⁹ LL.M. Candidate, McGill University, Faculty of Law. Email: dimitri.patinos@mcgill.ca.

ABSTRACT

Lack of access to mental health care in Canadian correctional facilities is a serious and longstanding issue. Telepsychiatry, which entails the usage of information and communications technologies to provide remote mental health care to patients, has been demonstrated to be an effective model of mental health care provision in correctional facilities. The right to health care, including mental health care, of inmates is recognized in both international and domestic law. However, mental health conditions remain suboptimal in Canadian correctional facilities and are far below the standards which exist in the general community, leading to significant mental health disparities for inmates. Telepsychiatry can be viewed as a vector for increasing mental health equity in the correctional system and provides a promising opportunity for correctional facilities to meet their legal obligations to provide inmates with health care, including mental health care. This article explores the legal frameworks governing the provision of mental health care services in Canadian correctional facilities and highlights the role telepsychiatry can play in the fulfillment of these legal frameworks. It also explores the legal challenges facing the implementation of telepsychiatry in correctional facilities. Ultimately, despite these challenges, it argues that telepsychiatry should be more widely implemented in correctional facilities to ensure mental health equity for inmates.

RÉSUMÉ

Le manque d'accès aux soins de santé mentale dans les établissements correctionnels canadiens est un problème grave et de longue date. La télépsychiatrie, qui consiste à utiliser les technologies de l'information et des communications pour fournir des soins de santé mentale à distance aux patients, s'est avérée être un modèle efficace de prestation de soins de santé mentale dans les établissements correctionnels. Le droit des détenus aux soins de santé, y compris aux soins de santé mentale, est reconnu dans le droit international et national. Cependant, les conditions de santé mentale restent sous-optimales dans les établissements correctionnels canadiens et sont bien en deçà des normes qui existent dans la communauté générale, ce qui entraîne des disparités importantes en matière de santé mentale pour les détenus. La télépsychiatrie peut être considérée comme un vecteur d'amélioration de l'équité en matière de santé mentale dans le système correctionnel et offre une occasion prometteuse aux établissements correctionnels de respecter leurs obligations légales de fournir aux détenus des soins de santé, y compris des soins de santé mentale. Cet article explore les cadres juridiques régissant la prestation de services de soins de santé mentale dans les établissements correctionnels canadiens et souligne le rôle que la télépsychiatrie peut jouer dans l'accomplissement de ces obligations juridiques. Il explore également les défis juridiques auxquels est confrontée la mise en œuvre de la télépsychiatrie dans les établissements correctionnels. En fin de compte, malgré ces défis, l'article soutient que la télépsychiatrie devrait être plus largement mise en œuvre dans les établissements correctionnels afin d'assurer l'équité en matière de santé mentale pour les détenus.

INTRODUCTION

[1] The mental health of inmates in the criminal justice system is a serious and longstanding issue (Gray et al., 2008, p. 412 ; Kouyoumdjian et al., 2016, p. 217). Recent Canadian judicial rulings on the use of solitary confinement in correctional facilities have highlighted the critical state of mental health in these institutions (*British Columbia Civil Liberties Association v Canada (Attorney General)*, 2018 ; *Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v Her Majesty the Queen*, 2017). Mental health in the criminal justice system has also been recently identified as a “renewed area of focus” in the Mental Health Commission of Canada’s 2019-2021 mandate from Health Canada (Mental Health Commission of Canada, 2020, p. 1). Lack of access to mental health care, in particular, has long been highlighted as a major contributing factor to the high prevalence of mental health conditions in correctional facilities (World Health Organization, 2005, p. 1).

[2] Telehealth is also an issue that has been receiving much attention in recent years, partly spurred by the onset of the COVID-19 pandemic, which has resulted in the increased implementation of telehealth in the health care system. Consisting in the provision of health care through the use of information and communications technologies, telehealth has been noted to promote equitable access to health care, especially for hard-to-reach and underserved populations and communities (Hoffman, 2020, p. 2; Blake et al., 2021, p. 410; Lévesque & Knoppers, 2019, p. 81; Shore, 2015, p. 469). Though it had been in existence long before, the use of telehealth has increased significantly since the beginning of the COVID-19 pandemic and is expected to play an increasingly important role in the future of health care. Such is the increasing prevalence of telehealth, that two Canadian provinces – Québec and Newfoundland and Labrador – have provided legislative definitions of this mode of health care delivery (*Act respecting health services and social services*, CQLR c S-4.2, s. 108.1 ; *Medical Regulations*, NLR 38/15, s. 2(1)(aa)).

[3] As a subset of telehealth, telepsychiatry (also referred to as “telemental health”) refers to the use of information and communications technologies to provide remote mental health care to patients (Kaftarian, 2019, p. 2 ; Shore, 2015, p. 469). As with telehealth more generally, telepsychiatry has been noted to provide equitable access to mental health services and enhanced quality of care, while also being cost-effective (Cowan et al., 2019, p. 2510). Indeed, the literature reports comparable positive health outcomes for telepsychiatry versus in-person care across various patient populations and for various mental health disorders (Cowan et al., 2019, p. 2510). In particular, telepsychiatry has been noted to be an effective model of mental health care in the correctional system (Cowan et al., 2019, p. 2519 ; Deslich et al., 2013, p. 3 ; Kaftarian, 2019, p. 2).

[4] This is important given that access to mental health care (and, indeed, health care more generally) is limited in correctional facilities compared to the general population (Miller, 2013, p. 249), despite the fact that both international and Canadian law require that inmates benefit from health care standards comparable to those in the general population. This is particularly critical given the higher rate of mental health issues

among inmates compared to the general population – a rate that continues to increase (Kaftarian, 2019, p. 2). While this higher prevalence can be attributed to a number of factors, inadequate access to mental health care services remains a serious issue in correctional facilities. Consequently, models that can help overcome these barriers to access are necessary to improve mental health outcomes for inmates, address existing disparities, and promote mental health equity in correctional facilities. The implementation of telepsychiatry represents one such model.

[5] Accordingly, in this article I discuss how the implementation of telepsychiatry can promote mental health equity for inmates by increasing access to mental health care services in correctional facilities. In the first part, I describe the current state of mental health care in the Canadian correctional system, highlighting many of the issues facing inmates. In the second part, I outline the legal obligations that correctional facilities owe inmates concerning the provision of mental health care services, under both international and Canadian law. In the third part, I demonstrate how the implementation of telepsychiatry represents a promising avenue for the fulfillment of these legal obligations. In particular, I will discuss how telepsychiatry constitutes an opportunity for correctional facilities to fulfill their duties to provide mental health care to inmates, in accordance with prescribed legal norms. In the final part of this article, I discuss some of the legal challenges facing the implementation of telepsychiatry in correctional facilities. More specifically, I discuss how the negative rights-based approach that Canadian law appears to endorse in health care matters may be a significant obstacle in the implementation of telepsychiatry in the correctional system.

MENTAL HEALTH CARE IN CORRECTIONAL FACILITIES

[6] Inequitable and inadequate mental health care in correctional facilities is a serious global issue (McLeod et al., 2020; Scallan et al., 2021, p. 4). The quality of mental health care provided to inmates in the Canadian correctional system is suboptimal compared to the general population and varies greatly across facilities (Miller, 2013, p. 249). This is particularly serious, given that inmates use health care services more than any other population (Iftene & Manson, 2013, p. 887). The substandard quality of mental health care provided to inmates, in particular, is a serious issue given that the prevalence of mental health disorders among incarcerated individuals is higher than in the general population (Fazel et al., 2016, p. 871).

[7] Indeed, it is estimated that 73% of federally incarcerated men and 79% of federally incarcerated women meet the criteria for a current mental health disorder (Mental Health Commission of Canada, 2020, p. 1). Moreover, an estimated 12% of federally incarcerated men and 17% of federally incarcerated women meet the criteria for a current major mental illness, such as bipolar, major depressive, and psychotic disorders (Mental Health Commission of Canada, 2020, p. 1). Suicide and self-harm rates are high in correctional facilities, with 1 in 5 inmates having attempted suicide during incarceration (Fazel et al., 2016, p. 872 ; Kouyoumdjian et al., 2016, p. 217). Within the federal correctional system, the suicide rate is seven times higher than in the general population (Centre for Addiction and Mental Health, 2013, p. 9). There is also an overrepresentation of marginalized communities in the correctional system, including

indigenous peoples, who account for less than 5% of the Canadian population, yet constitute more than a quarter of the federal incarceration population (Boyer et al., 2019, p. 29 ; Zinger, 2017).

[8] Numerous factors explain the disproportionately high rate of mental health conditions in correctional facilities, including systemic factors such as structural poverty and institutionalized racism (Centre for Addiction and Mental Health, 2013, p. 4). Compared to the general population, inmates are more likely to have pre-existing histories with substance abuse, traumatic experiences, and posttraumatic stress disorder (Scallan et al., 2021, p. 4). According to both the World Health Organization and the United Nations Commission on Human Rights, these individuals are often incarcerated rather than treated for their mental health conditions or substance abuse problems (Hunt & United Nations Commission on Human Rights, 2005, para 11; World Health Organization, 2005, p. 1). During incarceration, aggravating factors such as isolation, overcrowding, and exposure to violence often exacerbate existing mental health issues (Boyer et al., 2019, p. 30; Iftene & Manson, 2013, p. 887). Recent judicial decisions have also highlighted the psychological harm caused by solitary confinement in correctional facilities (*British Columbia Civil Liberties Association v Canada (Attorney General)*, 2018 ; *Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v Her Majesty the Queen*, 2017). Lack of access to optimal mental health care only reinforces existing inequities, continuing the trend of negative health outcomes for inmates. In order to address these inequities, it is important to first determine the legal frameworks which govern the provision of mental health care services in correctional facilities.

CURRENT LEGAL FRAMEWORKS

[9] The right to health care for inmates, including mental health care, is entrenched in both international and national law. Legal norms require correctional facilities to provide inmates with certain standards of mental health care. In the following section, I examine how international legal documents, domestic legislation and the common law address these rights and obligations.

INTERNATIONAL LAW

[10] International legal instruments recognize that inmates have a right to the highest attainable level of health care that meets the same standards as those in the general community. This right is enshrined in various documents, most notably in the *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*. Also known as “the Nelson Mandela Rules”, the *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* recognize that inmates should enjoy the “same standards of health care that are available in the community, and should have access to necessary health-care services free of charge without discrimination on the grounds of their legal status” (Rule 24). The Rules further elaborate that correctional facilities should implement health care services that evaluate, promote, protect, and improve the physical *and mental health* of inmates (Rule 25(1), *my emphasis*). These services should be provided by “sufficient qualified personnel acting in full clinical independence and shall encompass sufficient expertise in psychology and psychiatry” (Rule 25(2)). The general right to receive health care which meets the same standards as the general community is also provided for in

the United Nations' *Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, which state that inmates shall "have access to the health services available in the country without discrimination on the grounds of their legal situation" (art. 9).

[11] In addition, various legal instruments have been adopted concerning specific inmate populations, such as the *United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders* ("the Bangkok Rules") and the *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, which both contain health care-related provisions. Moreover, inmates retain the human rights and fundamental freedoms set out in the *Universal Declaration of Human Rights* and the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. These include the rights to medical care and necessary social services (*Universal Declaration of Human Rights*, 1948, art. 25(1)) and to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 1966, art. 12(1)).

[12] While these instruments are not legally binding and do not contain actionable legal rights per se, they nonetheless affirm the principle that inmates should benefit from health care, including mental health care, at comparable standards to those available to the general public (Iftene & Manson, 2013, p. 886). Indeed, international legal instruments "solidify a rights-based approach" that can help promote the objective of an "equality-based health care approach" in the Canadian correctional system (Boyer et al., 2019, p. 57). Moreover, courts have relied on international legal norms in recent judicial decisions regarding the use of solitary confinement in correctional facilities and its negative effects on inmates' mental health (Webster, 2019, p. 567). Consequently, the principles entrenched in international legal instruments should provide interpretive guidance on how health care-related rights under Canadian law should be viewed and enforced.

CANADIAN LEGISLATION

[13] In Canada, the administration of correctional facilities is shared between the federal, provincial and territorial governments. Individuals sentenced to imprisonment for terms of two years or more are incarcerated in federal correctional facilities, called penitentiaries (*Criminal Code*, RSC 1985, c C-46, s. 743.1(1)), whereas those sentenced to terms of imprisonment of less than two years serve out their sentences in provincial or territorial prisons (*Criminal Code*, RSC 1985 c C-46. s. 743.1(2)). Jurisdiction over the health care provided to inmates therefore depends on the type of correctional facility. At the federal level, the Correctional Service of Canada (CSC) is responsible for the provision of health care services in penitentiaries. Health care in provincial and territorial systems is overseen by the provincial and territorial governments (Kouyoumdjian et al., 2016, p. 216 ; Scallan et al., 2021, p. 5).

[14] Central to the distinction between the mental health care provided in federal versus provincial and territorial correctional facilities is the applicability of the *Canada Health Act* (CHA) (RSC 1985, c C-6, s. 2). The CHA sets the standards for the federal financial contributions to the provincial and territorial health insurance programs, based on the following criteria: public administration, comprehensiveness, universality, portability, and accessibility (CHA, s. 7). Inmates in federal penitentiaries, however, are excluded from

the *CHA* and are not covered by the provincial and territorial health care systems (s. 2). Instead, they are governed by the *Corrections and Conditional Release Act (CCRA)*, which vests responsibility over the care and custody of inmates in federal penitentiaries to the CSC (SC 1992, c 20, s. 5). Health care in provincial and territorial correctional facilities remains governed by the *CHA* and is under the jurisdiction of the provincial and territorial governments. Consequently, health care in federal correctional facilities is governed separately, not only from provincial and territorial correctional facilities, but from the general Canadian public as well. Given this unique distinction, I will focus specifically on the legislative framework governing the provision of mental health care services in federal penitentiaries.

[15] Under the *CCRA*, the CSC has the obligation to provide inmates with both essential health care and reasonable access to non-essential health care (s. 86(1)). In both circumstances, the provision of health care to inmates must conform to professionally accepted standards (s. 86(2)). The *CCRA* defines health care as “medical care, dental care and *mental health care*, provided by registered health care professionals” (s. 85, *emphasis is mine*). Furthermore, mental health care is defined as the “care of a disorder of thought, mood, perception, orientation or memory that significantly impairs judgment, behaviour, the capacity to recognize reality or the ability to meet the ordinary demands of life” (s. 85). The *CCRA*, however, does not define or describe what constitutes “professionally accepted standards” (see e.g., *Simons et al v Minister of Public Safety et al*, 2020 at para 27). Similarly, the *CCRA* does not establish standards for distinguishing between essential and non-essential health care (see e.g., *Brewer v Her Majesty the Queen*, 2020 at para 15). Instead, these standards are set out in guidelines and directives established by the CSC (Correctional Service Canada, 2015). Consequently, deciding what constitutes essential versus non-essential health care is context-specific and discretionary (Scallan et al., 2021, pp. 8-9). The lack of standardization or uniformity in what constitutes essential health care has contributed to the variability of health care services provided across federal penitentiaries, reinforcing existing inequities and barriers to optimal mental health care (Scallan et al., 2021, p. 9). This has important consequences for the quality and quantity of mental health care services available in federal penitentiaries (Scallan et al., 2021, p. 10).

COMMON LAW

[16] In addition to the legal obligations laid out in the *CCRA*, courts have recognized various duties owed by correctional facilities towards inmates, which supplement those outlined in the relevant legislation. Indeed, Canadian courts have long recognized the general common law duty of prison authorities to take “reasonable care” for the health and safety of inmates (*Timm v Canada*, 1965 at para 18 ; *Scott v Canada*, 1985 at para 39 ; *Sutherland v Canada*, 2003 at para 65 ; *MacLean v The Queen*, 1973, p. 7 ; *Oswald v Canada*, 1997 at para 59 ; *Bastarache v Canada*, 2003 at para 23 ; *Levasseur v Canada*, 2004 at para 71).

[17] This general duty has been elaborated and nuanced in numerous other decisions. In *Steele v Ontario*, for instance, the Ontario Court of Justice (General Division) recognized the duty of correctional systems to ensure that inmates receive adequate medical care and attention for their health and well-being while in detention (para 3). In *Lavoie v Canada*, the Ontario Superior Court of Justice recognized the duty to provide

appropriate medical care as part of correctional facilities' general duty of care towards inmates (para 13, *my emphasis*). While these cases do not specifically address the provision of mental health services in correctional facilities and deal rather with the issue of medical care more generally, they are indicative of the general types of duties owed toward inmates. Indeed, the mental health and well-being of inmates should fall within the purview of the medical care that is owed to them, as is recognized in international legal instruments and the *CCRA*.

LEGAL OPPORTUNITIES FOR TELE PSYCHIATRY IN CORRECTIONAL FACILITIES

[18] It is clear from this review of international and national legal norms that inmates have a right to receive adequate mental health care, despite the fact that, in reality, the quality of care received falls very short of prescribed standards. Telepsychiatry should be viewed as a manner of fulfilling these disparities, by helping to provide greater and more equitable access to mental health care services. As already noted, several authors have highlighted the potential for telehealth to overcome barriers to access health care services (Hoffman, 2020, p. 2; Blake et al., 2021, p. 410; Lévesque & Knoppers, 2019, p. 81; Shore, 2015, p. 469). Telepsychiatry should therefore be provided to inmates and should be strongly considered in health care reform efforts in correctional facilities.

[19] Indeed, a 2014 research report by the CSC described telehealth as a “promising practice”, with the potential to improve the delivery of health services to inmates, particularly mental health services (Correctional Service Canada, 2014). However, telehealth has yet to receive any form of widespread implementation or attention within the Canadian correctional system, though the CSC has committed to increasing adoption of telehealth services since the onset of the COVID-19 pandemic (Correctional Service Canada, 2020). Nonetheless, evidence shows that uptake of telehealth services in Canadian correctional facilities has been slow (Sethuram et al., 2022). This represents a missed opportunity, given the many benefits telehealth and telepsychiatry, more specifically, offer for the improvement of mental health care services in correctional facilities. Given the increasing attention and adoption of telehealth since the COVID-19 pandemic, expansion of telehealth services, including telepsychiatry, in Canadian correctional facilities should be made a priority moving forward.

[20] Access to mental health services among the general Canadian population is limited, caused in part by shortages of mental health professionals, long wait times, and geographic and demographic inequities (Moroz et al., 2020, p. 283). Access to these services is even more limited in correctional facilities, a fact further compounded by the higher prevalence of poor mental health among prisoners compared to the general population (Centre for Addiction and Mental Health, 2013). Telepsychiatry has been shown to be a cost-effective solution that can help improve overall access to mental health services, especially for underserved and hard-to-reach populations, including inmates (Kaftarian, 2019, p. 7 ; Langarizadeh et al., 2017, p. 244) For one, it allows health care practitioners to more readily reach and remain connected with these populations. Inmates very often lack access to health care providers, especially

specialized practitioners, due to geographical and cost barriers (Jeremy & Badowski, 2017, p. 1). Security-related concerns have also been raised as a barrier to access health care services in correctional facilities (Deslich et al., 2013, p. 7). Telepsychiatry provides the opportunity to address many of these barriers, closing the parity gap between the level of care inmates receive and that which exists within the general community.

[21] Importantly, the Mental Health Commission of Canada, in its efforts to guide reforms in the provision of mental health services in correctional facilities, has set out a list of guiding principles to support the mental health of individuals within the criminal justice system: (1) human rights, social justice and health equity frameworks; (2) recovery-oriented principles ; and, (3) health care parity (Mental Health Commission of Canada, 2020, pp. 3-4). The issue of health care parity, in particular, is a pressing one and one in which telepsychiatry offers many potential benefits, as described above. The Mental Health Commission of Canada in particular emphasizes that the level of mental health care offered in correctional facilities should be equivalent to those that exist within the general community (Mental Health Commission of Canada, 2020, p. 3).

[22] It is unquestionable that legal norms require correctional facilities to provide inmates with a standard of mental health care that is comparable to that of the general community (Iftene & Manson, 2013, p. 886). The actual level of care provided fails to meet these standards, however. Telepsychiatry represents an untapped opportunity to provide the level of care to inmates that is required by legal norms, both national and international. It should therefore figure within future mental health care reforms in correctional facilities and be viewed as a vector toward the fulfillment of the legal obligations of correctional facilities and as a vector toward mental health equity for inmates. However, as will be demonstrated in the following section, there are challenges from a legal perspective in ensuring the implementation of telepsychiatry in correctional facilities. In particular, one key challenge on the legal front is how the law views the right to health care. In the next section, we will see that the law itself cannot be used as a tool to enforce the implementation of telepsychiatry in correctional facilities, despite its opportunities and benefits.

LEGAL CHALLENGES IN THE IMPLEMENTATION OF TELE PSYCHIATRY IN CORRECTIONAL FACILITIES

[23] As already demonstrated, telepsychiatry can help address many of the barriers facing the provision of mental health care services in correctional facilities. Accordingly, it can help ensure parity and equity in the provision of mental health care services. Despite this untapped potential, greater implementation of telepsychiatry in correctional facilities will mainly depend upon non-legal, policy factors such as resource allocation and budgetary restraints.

[24] While the fulfillment of correctional facilities' legal obligations and the opportunity for inmates to benefit from the level of mental health care they are owed are both critical, these reasons can only serve as an impetus for the implementation of telepsychiatry in correctional facilities. Alone, they cannot be used to compel the implementation of

telepsychiatry. Indeed, the way the law views health rights in Canada is largely restrictive and, in general, the law cannot be used to enforce a positive duty on the part of governmental institutions to enforce these rights (Thomas & Flood, 2015, p. 58).

[25] Unlike other countries, Canada's constitution, specifically the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereafter the *Charter*) does not explicitly enshrine a general, positive right to health care, which requires the State to ensure access to health care services (Flood & Chen, p. 484; Jackman, 2010, p. 4 ; Régis & Savard, 2010, p. 280). Provincial legislation in certain cases, however, does provide for a right to health care services (Régis & Savard, 2010, p. 281). Québec's *Act respecting health services and social services* (CQLR c S-4.2), for instance, provides for a right to receive health services and social services "with continuity and in a personalized and safe manner" (ss. 5, 13). At the same time, the Act imposes specific obligations on institutions with respect to the supply and delivery of these services (s. 101). The right to receive these services, however, is not absolute (Régis & Savard, 2010, p. 282). It is limited to services that are "scientifically, humanly and socially appropriate" (s. 5) and that feature "within the framework of the legislative and regulatory provisions relating to the organizational and operational structure of the institution and within the limits of the human, material and financial resources at its disposal" (s. 13). Indeed, health and social services institutions have the discretion to determine the services they will provide, within the scope of the missions of the centres they operate and the resources at their disposal (s. 105). Therefore, while there is a right under the *Act* to receive health care services, this right is not absolute and is subject to various limitations.

[26] The discretionary nature of what constitutes essential versus non-essential health care in the *CCRA*, as well as which particular services are deemed "essential", falls within a similar framework. These legal frameworks greatly limit the actionability of health care-related rights in Canada. While the implementation of telepsychiatry can be proposed as a potential avenue toward the fulfillment of the mental health care-related obligations in correctional facilities, the legal conception of the right to health care is limitative. This may therefore limit how the obligations in the *CCRA*, as well as applicable international legal norms and common law duties, are viewed and put into action. Jurisprudence on the *Charter* relating to access to health care is informative in this regard.

[27] As previously mentioned, the Charter does not provide for a "freestanding positive right to health care" (Flood & Chen, 2010, p. 484). Nonetheless, two sections of the *Charter*, sections 7 and 15(1), have been invoked in cases involving health rights. In the majority of successful *Charter*-based health rights litigation, negative rights rather than positive rights to health care have been obtained (Flood & Chen, 2010, p. 494). While positive rights recognize the duty of the government to provide certain health care services, negative rights can be used to require that "government laws or policies acting as barriers to the consumption of health care be removed" (Thomas & Flood, 2015, p. 78).

[28] Section 7 of the *Charter* guarantees the right to life, liberty and personal security, as well as the "right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". Though some legal scholars have argued that this provision may

be interpreted as including a positive right to accessible health care services (see e.g., Jackman, 2006, p. 373; Sossin, 2005, p. 178), this interpretation has found little success with courts (Flood & Chen, 2010, p. 486). Indeed, while the Supreme Court of Canada did open the door to the possibility of section 7 being interpreted one day to “include positive obligations” in *Gosselin v Quebec (Attorney General)* (para 82), subsequent case law has not upheld this interpretation (see e.g., *Chaoulli v Quebec (Attorney General)*, 2005 ; *Flora v Ontario Health Insurance Plan*, 2008). Rather, section 7 has instead been interpreted as protecting negative rights, removing barriers that prevent access to certain health care services (Thomas & Flood, 2015, p. 67). For example, section 7 has successfully been invoked to challenge restrictions on access to abortion services (*R v Morgentaler*, 1988) and access to safe injection sites (*Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011).

[29] Section 15(1) of the *Charter* provides a constitutional guarantee of equality and prohibits state actions or legislations that discriminate on the basis of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, or analogous grounds that have been identified by the courts (*R v Kapp*, 2008 at para 25). Accordingly, the main purpose of section 15(1) is to “ensure that when governments choose to enact benefits or burdens, they do so on a non-discriminatory basis” (*Auton (Guardian ad litem of) v British Columbia (AG)*, 2004 at para 28). From a health rights perspective, section 15(1) may be invoked where a government makes certain health care services available to one group of the population but not others, and the unequal treatment violates the dignity of those to whom the services were not made available (Flood & Chen, 2010, p. 487).

[30] While section 15(1) has not been found to uphold positive rights to access health care services, it may nonetheless serve to compel governments to remove access barriers to certain health care services, again demonstrating a negative rights conception. Such an approach was successful in *Eldridge v British Columbia (Attorney General)*, where the Supreme Court of Canada found that the provincial government's decision not to fund sign language interpreting services as an insured benefit under the provincial health insurance plan contravened section 15(1) of the *Charter*. The Court found that the lack of sign language interpreting services affected the quality of deaf patients' communications with their health care providers, which the Court considered an “integral part of the provision of medical services” (para 69).

[31] This approach was not successful, however, in *Auton (Guardian ad litem of) v British Columbia (AG)*, where it was argued that the provincial government's failure to fund Applied Behavioral Analysis (ABA/IBI), a novel form of therapy for autistic children, constituted a violation of the children's equality rights under section 15(1). While the reasoning in the *Auton* case is complex, the Supreme Court of Canada ultimately found that the government's decision not to fund the ABA/IBI therapy did not contravene section 15(1) of the *Charter*. In *Eldridge*, the case revolved around equal access to medical services that were already provided by the provincial government. The government's failure to provide sign language interpreters as an insured benefit constituted a barrier for deaf patients to access these services. In *Auton*, however, the plaintiffs sought a new benefit that was not conferred by the law (para 38).

[32] In short, *Charter*-based health rights litigation has generally shown a negative-rights based approach to health care rights in Canada, where courts are reticent to enforce public obligations upon governments related to the provision of health care services. Rather, courts have conceptualized health rights through a negative rights lens, invalidating legislation or government policies which hinder access to health care services where inconsistent with the *Charter*.

[33] It is clear from this overview of health rights-based litigation that the law cannot be used to enforce or compel the implementation of a specific health care service. In the case of telepsychiatry in correctional facilities, while there is an obligation on the part of correctional facilities to provide health care services to inmates (including mental health care), as well as a corollary right to health care for inmates (including mental health care), these rights and obligations cannot be used to compel correctional facilities to implement telepsychiatry, despite its ability to improve mental health equity for inmates. Nevertheless, these obligations and associated rights can serve as an impetus and should be used to argue in favour of the implementation of telepsychiatry as a way of addressing some of the barriers that have created and perpetuated mental health inequities in correctional facilities.

[34] Ultimately, though, as is the case for the majority of health care services, the increased implementation of telepsychiatry in correctional facilities will largely be a matter of public policy, based on resource allocation and budgetary restrictions, among other factors. Indeed, Canadian courts have recognized the difficulty with which resources are allocated by governments and policymakers, and the tension between financial cost and potential benefits in the health care sphere has long been an important topic of discussion (Ries, 2011, p. 649). Nonetheless, the severity and urgency of the current state of mental health conditions and lack of access to proper mental health care in correctional facilities warrants increased attention from governmental and policymaking institutions. Telepsychiatry should receive strong consideration as a manner of increasing access to mental health care services in correctional facilities, helping these institutions fulfill their legal obligations toward inmates, who do not receive the level of mental health care which they are owed under existing legal norms. In this manner, existing mental health disparities can be addressed and inmates may benefit from significantly improved levels of care.

CONCLUSION

[35] Inmates have a right to receive mental health care services at comparable standards to those available to the general public. Correctional facilities have corresponding legal obligations to ensure these services are made available to inmates in their custody. While these rights and obligations are enshrined in both international and national legal norms, access to mental health care services is severely limited in correctional facilities, where mental health conditions are poor, creating significant disparities and inequities. Telepsychiatry can improve access to mental health care services during incarceration and should be more widely implemented in correctional facilities to ensure mental health equity for inmates, an underserved and vulnerable population. Implementing telepsychiatry can help fulfill these obligations and ensure inmates benefit from their health care rights. While there may be significant challenges

in the implementation of telepsychiatry in correctional facilities, its untapped potential in ensuring mental health equity for inmates should not be unduly overlooked.

BIBLIOGRAPHY

International documents

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, GA Res 2200A (XXI), UNGAOR, 1966, 16 December 1966.

United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, UNGAOR, 70th session, annex, A/RES/70/175.

United Nations' Basic Principles for the Treatment of Prisoners, UNGAOR, 45th session, annex, A/RES/45/111.

United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders, UNGAOR, 65th session, annex, A/C.3/65/L.5.

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, UNGAOR, 45th session, annex, A/RES/45/113.

Universal Declaration of Human Rights, GA Res 217A (III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810 (1948).

Legislation

Act respecting health services and social services, CQLR c S-4.2.

Canada Health Act, RSC 1985, c C-6.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (UK)*, 1982, c 11.

Corrections and Conditional Release Act, SC 1992, c 20.

Criminal Code, RSC 1985, c C-46.

Medical Regulations, NLR 38/15.

Jurisprudence

Auton (Guardian ad litem of) v British Columbia (AG), 2004 SCC 78, [2004] 3 SCR 657.

Bastarache v Canada, 2003 FC 1463.

Brewer v Her Majesty the Queen, 2020 NSSC 308.

British Columbia Civil Liberties Association v Canada (Attorney General), 2018 BCSC 62.

Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society, 2011 SCC 44, [2011] 3 SCR 134.

Chaoulli v Quebec (Attorney General), 2005 SCC 35, [2005] 1 SCR 791.

Corporation of the Canadian Civil Liberties Association v Her Majesty the Queen, 2017 ONSC 7491.

Eldridge v British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624, 151 DLR (4th) 577.

Flora v Ontario Health Insurance Plan, 2008 ONCA 538.

Gosselin v Quebec (Attorney General), 2002 SCC 84, [2002] 4 SCR 429.

Lavoie v Canada, [2008] O.J. No. 4564.

Levasseur v Canada, 2004 FC 976.

MacLean v The Queen, [1973] S.C.R. 2, 27 DLR (3d) 365.

Oswald v Canada, 1997 CanLII 16271 (FC), [1997] F.C.J. No. 203.

R v Kapp, 2008 SCC 41, [2008] 2 SCR 483.

R v Morgentaler, [1988] 1 SCR 30, 44 DLR (4th) 385.

Scott v Canada, [1985] F.C.J. No. 35, [1985] A.C.F. no 3.

Simons et al v Minister of Public Safety et al, 2020 ONSC 1431.

Steele v Ontario, [1993] O.J. No. 2010, 42 A.C.W.S. (3d) 562.

Sutherland v Canada, 2003 FC 1516.

Timm v Canada, [1965] 1 Ex. C.R. 174.

Secondary materials : Monographs

Gray, John E., Shone, Margaret A. & Peter F. Liddle, *Canadian Mental Health Law and Policy*, 2nd ed, (Markham: LexisNexis, 2008).

Secondary materials : Book chapters

Ries, Nola M. "Charter Challenges" in Jocelyn Downie, Timothy Caulfield & Colleen M. Flood, eds., *Canadian Health Law and Policy*, 4th ed. (Markham: LexisNexis, 2011) 615.

Sossin, Lorne, "Towards a Two-Tier Constitution? The Poverty of Health Rights" in Colleen M. Flood, Kent Roach & Lorne Sossin, eds., *Access to Care, Access to Justice: The Legal Debate Over Private Health Insurance in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 2005) 161.

Secondary materials : Articles

Blake, Hassanatu et al, "Beyond COVID-19: The State of Telehealth Equity and Best Practices in Underserved Populations" (2021) 49:3 J Law Med & Ethics 410.

Boyer, Yvonne *et al*, "First Nations, Métis, and Inuit Prisoners' Rights to Health within the Prison System: Missed Opportunities" (2019) 13:1 McGill JL & Health 27.

Cowan, Kirsten E., "Barriers to Use of Telepsychiatry: Clinicians as Gatekeepers" (2019) 94:12 Mayo Clinic Proceedings 2510.

Deslich, Stacie *et al*, "Telepsychiatry in the 21st Century: Transforming Healthcare with Technology" (2013) 10 Perspectives in Health Information Management 1.

Edge, Chantal *et al*, "Improving care quality with prison telemedicine: The effects of context and multiplicity on successful implementation and use" (2021) 27:6 J Telemedicine & Telecare 325.

Fazel, Seena *et al*, "Mental health of prisoners: prevalence, adverse outcomes, and interventions" (2016) 3:9 The Lancet Psychiatry 871.

Flood, Colleen M. & Y.Y. Brandon Chen, "Charter Rights & Health Care Funding: A Typology of Canadian Health Rights Litigation" (2010) 19:3 Ann Health L 494.

Hoffman, David A., "Increasing access to care: telehealth during COVID-19" (2020) 7:1 JL & Biosciences 1.

Iftene, Adelina & Allan Manson, "Recent crime legislation and the challenge for prison health care" (2013) 185:10 CMAJ 886.

Jackman, Martha, "Charter Review as a Health Care Accountability Mechanism in Canada" (2010) 18 Health LJ 1.

Jackman, Martha, "The Last Line of Defence for [Which] Citizens: Accountability, Equality, and the Right to Health in Chaoulli" (2006) 44:2 Osgoode Hall LJ 349.

Kaftarian, Edward, "Lessons Learned in Prison and Jail-Based Telepsychiatry" (2019) 21:15 Current Psychiatry Reports 1.

Kouyoumdjian, Fiona *et al*, "Health status of prisoners in Canada" (2016) 62:3 Can Fam Phys 215.

Langarizadeh, Mostafa et al, “Telemental Health Care, an Effective Alternative to Conventional Mental Care: a Systematic Review” (2017) 25:4 Acta Medica Informatica 240.

Lévesque, Emmanuelle & Bartha Maria Knoppers, “La télésanté au Québec: quel est l’encadrement prévu pour la consultation vidéo?” (2019) 49:1 RDUS 77.

McLeod, Katherine E. et al, “Global Prison Health Care Governance and Health Equity: A Critical Lack of Evidence” (2020) 110:3 Am J Public Health 303.

Miller, Adam, “Prison Health Care Inequality” (2013) 185:6 CMAJ 249.

Moroz, Nicolas et al, “Mental health services in Canada: Barriers and cost-effective solutions to increase access” (2020) 33:6 Healthcare Management Forum 282.

Régis, Catherine & Anne-Marie Savard, “L’accès aux soins et aux médicaments au Québec; entre l’idéal et la réalité” (2010) 40 RDUS 269.

Scallan, Eilish, Lancaster, Kari & Fiona Kouyoumdjian, “The “problem” of health: An analysis of health care provision in Canada’s federal prisons” (2019) 25:1 Health 3.

Sethuram, Claire et al, “Electronic consultation in correctional facilities worldwide: a scoping review” (2022) 12:8 BMJ Open 055049.

Shore, Jay, “The evolution and history of telepsychiatry and its impact on psychiatric care: Current implications for psychiatrists and psychiatric organizations” (2015) 27:6 Int Rev Psychiatry 469.

Thomas, Bryan & Colleen M. Flood, “Putting Health To Rights: A Canadian View on Global Trends in Litigating Health Care Rights” (2015) 1:1 CJCCL 49.

Webster, Paul, “Canadian prisons face new legal challenges over mental health” (2019) 6:7 The Lancet Psychiatry 567.

Young, Jeremy D. & Melissa E. Badowski, “Telehealth: Increasing Access to High Quality Care by Expanding the Role of Technology in Correctional Medicine” (2017) 6:2 J Clin Med 1.

Electronic sources

Centre for Addiction and Mental Health, “Mental Health and Criminal Justice Policy Framework” (2013), online (pdf): <www.camh.ca/-/media/files/pdfs---public-policy-submissions/mh_criminal_justice_policy_framework-pdf.pdf>.

Correctional Service Canada, “Commissioner’s Directive: Health Services” (27 April 2015), online: *Government of Canada* < <https://www.csc-scc.gc.ca/politiques-et-lois/800-cd-eng.shtml>>.

Correctional Service Canada, “COVID-19 preparedness and plans in federal corrections: June 25, 2020” (25 June 2020), online: *Government of Canada* <<https://www.canada.ca/en/correctional-service/campaigns/covid-19/plans-preparation/update-june-2020.html>>.

Correctional Service Canada, “Using Telemedicine with Offenders: A Promising Practice” (10 February 2014), online: *Government of Canada* <<https://www.csc-scc.gc.ca/research/005008-rr13-01-eng.shtml>>.

Durcan, Graham & Jan Cees Zwemstra, “Mental health in prison” (2014), online (pdf): *Prisons and Health, World Health Organization, Regional Office for Europe* <https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/249188/Prisons-and-Health.pdf>.

Hunt, Paul & United Nations Commission on Human Rights, “Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health” (2 February 2005), online (pdf): United Nations <<https://digitallibrary.un.org/record/540651?ln=en>>.

Mental Health Commission of Canada, “Mental Health and the Criminal Justice System: ‘What We Heard’ (Evidence Summary Report)” (2020), online: *Mental Health Commission of Canada* <https://www.mentalhealthcommission.ca/wp-content/uploads/drupal/2020-08/mental_health_and_the_law_evidence_summary_report_eng.pdf>.

World Health Organization, “Information Sheet: Mental Health and Prisons” (2005), online (pdf): *World Health Organization* <https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/98989/WHO_ICRC_InfoSht_MNH_Prisons.pdf>.

Zinger, Ivan “Annual Report of the Office of the Correctional Investigator 2016–2017” (28 June 2017), online: *Office of the Correctional Investigator* <<http://www.oci-bec.gc.ca/cnt/rpt/annrpt/annrpt20162017-eng.aspx>>.

LE SYSTÈME DE RÉPARATION DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : UNE CHIMÈRE !

59

Olouwafêmi Rodrigue OLOUDÉ²⁰

Olouwafêmi Rodrigue OLOUDÉ
Le système de réparation de la Cour pénale internationale :
une chimère !

²⁰ Candidat au doctorat en droit à la Faculté de droit de l'Université de Montréal ; chercheur associé à la Chaire de recherche du Canada sur les droits humains et la justice réparatrice internationale ; responsable des communications du Centre de recherche en droit public (CRDP).

RÉSUMÉ

L'adoption du Statut de Rome a été propice à la reconnaissance d'un droit à réparation, au profit des victimes de crimes internationaux, devant la Cour pénale internationale. Il s'agit, à première vue, d'une salvatrice innovation pour toutes les personnes victimes de crimes de masse. À l'aune de l'article 75 paragraphe 2 du Statut, « [l]a Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient aux victimes ou à leurs ayants droits ». Cependant, la plupart des auteurs de crimes internationaux échappent à une poursuite de la Cour pénale internationale, en raison de considérations d'ordre politique et de la politique de sélection et de hiérarchisation des affaires du bureau du Procureur. De plus, dans les quelques cas où les auteurs sont effectivement poursuivis et condamnés, les ressources matérielles et financières font défaut pour la mise en œuvre de l'ordonnance de réparation. Tout bien considéré, le système de réparation de la Cour pénale internationale se révèle chimérique et le droit des victimes à réparation illusoire.

ABSTRACT

The adoption of the Rome Statute has been conducive to the recognition of a right to reparation for victims of international crimes before the International Criminal Court. This is, at first glance, a salutary innovation for all victims of mass crimes. According to article 75 paragraph 2 of the Statute, the court may make an order against a convicted person specifying appropriate reparations to victims or their dependents. However, most perpetrators of international crimes escape prosecution by the International Criminal Court, due to political considerations and the case selection and prioritization policy of the Office of the Prosecutor. Moreover, in the few cases where perpetrators are actually prosecuted and convicted, there is a lack of material and financial resources to implement the reparation order. On balance, the International Criminal Court's reparations system is chimerical and the victims' right to reparation illusory.

INTRODUCTION

[1] À la faveur de l'adoption du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale (CPI), les personnes victimes des crimes internationaux (génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crime d'agression) se sont vu reconnaître le droit, devant cette juridiction, aux formes de réparation ci-après : la restitution (rétablissement de la victime dans la situation où elle se trouvait avant la commission du crime), l'indemnisation (paiement pour un dommage mesurable sur le plan économique), la réadaptation (assistance du type médical ou social).

[2] La possibilité pour la Cour d'octroyer une réparation à la demande des victimes ou de son propre chef (*proprio motu*), consacrée à travers l'article 75 de son Statut, constitue, à première vue, une innovation salvatrice pour toutes les victimes de crimes internationaux (Pellet, 2019, p.1986). Le Paragraphe 2 de cet article dispose, en effet, que « la cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient aux victimes ou à leurs ayants droits ». Toutefois, les dispositions du Statut de Rome et les pratiques de la cour sont-elles de nature à garantir la réparation des crimes internationaux ?

[3] On peut, à ce propos, être tenté de postuler que la plupart des auteurs de crimes internationaux échappent à une poursuite de la Cour pénale internationale, en raison de considérations d'ordre politique et de la politique de sélection et de hiérarchisation des affaires du bureau du Procureur (I) ; et que dans les rares cas où les auteurs sont effectivement poursuivis et condamnés, les ressources matérielles et financières font défaut pour la mise en œuvre de l'ordonnance de réparation au profit des victimes (II).

I. LA POURSUITE DANS LE CADRE DE LA CPI : UN JEU DE HASARD ?

[4] La réparation, dans le cadre de la CPI, suppose une condamnation. La condamnation suppose une poursuite et la poursuite suppose une saisine. Le pouvoir de saisine de la Cour, conformément au Statut de Rome, est reconnu à trois types d'acteurs : les États membres de la Cour (A), son Procureur et le Conseil de sécurité des Nations Unies (B).

A. LE RENVOI PAR LES ÉTATS PARTIES : UN POUVOIR AUX PRISES AVEC LES IMPÉRATIFS DE PACIFICATION

[5] Le Statut de Rome accorde à ses États membres la possibilité de déférer des affaires devant la CPI²¹. Mais dans la pratique ces États, face à des impératifs de pacification et de réconciliation dictés par des situations conflictuelles ou post-conflictuelles, s'abstiennent le plus souvent de saisir la Cour pénale internationale ou de

21 À propos des premières situations déferées à la CPI par un État, voir *Le président ougandais renvoie la situation concernant l'Armée de Résistance du Seigneur*, Communiqué de presse de la CPI, 29 janvier 2004. Voir Situation en Ouganda, ICC-02/04-1, Décision relative à l'assignation de la situation en Ouganda à la Chambre préliminaire II, 7 juin 2004. Renvoi devant le Procureur de la situation en République démocratique du Congo, (Communiqué de presse de la CPI, 19 avril 2004) ; Situation en République démocratique du Congo, ICC-01/04, Décision relative à l'assignation de la situation en RDC à la Chambre préliminaire I, 5 juillet 2004.

favoriser la poursuite de personnes suspectées de crimes internationaux (1). Cela occasionne parfois des troubles dans les rapports qu'entretient la Cour avec ses États membres, telle la dissidence de ceux de l'Union Africaine (UA) (2).

1. L'IMPUNITÉ POUR LA PAIX

[6] Les crimes relevant de la compétence de la CPI se commettent généralement à l'occasion de conflits armés, notamment de conflits armés non internationaux (qui se déroulent à l'intérieur d'un État). La résolution de ces conflits passe, le plus souvent, par des négociations.

[7] À ce titre, les protagonistes de ces conflits pouvant être impliqués dans de graves atteintes aux droits humains, en prenant part aux négociations, exigent de bénéficier d'une immunité avant de signer des accords visant à mettre un terme aux combats. Ces derniers considèrent notamment l'application du principe de responsabilité comme un obstacle à la paix et gardent leur société en otage en menaçant de poursuivre la violence s'ils ne reçoivent pas de garantie d'immunité²². En plus, dans les situations d'après conflit, le dilemme de la nécessité de garantir le respect de l'obligation de rendre compte sans pour autant entraver les opérations de désarmement, démobilisation et réintégration (DDR) des anciens combattants se pose et rend de ce fait nécessaires les compromis²³. Pour sortir de ces impasses, il est fréquemment recouru à l'amnistie. En fait,

« Amnesty legislation creates an obstacle to prosecution and hence provides impunity for offenders. » (Manirabona & Wemmers, 2014, p.77).

[8] À la vérité, trouver un moyen de faire face aux violations massives des droits humains, de punir les auteurs de crimes atroces et d'obtenir un recours pour les victimes sans miner le processus de paix ou recréer les conditions de l'instabilité est le défi majeur qui se trouve au cœur du débat sur la justice transitionnelle²⁴. Ce qui soulève des questions difficiles quant à savoir si la paix et la justice étaient des objectifs s'excluant mutuellement ou si la paix avait préséance sur la justice²⁵. En réalité, en dépit des normes internationales tendant à interdire l'amnistie en droit international, notamment le statut de Rome²⁶, les États confrontés à des situations de conflits armés se trouvent face à des choix véritablement délicats lorsqu'il s'agit d'équilibrer les

22 GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE, « Paix, justice et réconciliation en Afrique : opportunités et défis liés à la lutte contre l'impunité », La collection Union africaine, New York : International Peace Institute, décembre 2013, p. 11.

23 *Id.* p.19-20.

24 L'ONU définit la justice transitionnelle comme « l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation » ; voir Rapport du Secrétaire général, « Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit » (S/2004/616), par. 8. ; NATIONS UNIES, *Justice transitionnelle et droits économiques, sociaux et culturels*, New York, UN, 2014, p. 5.

25 GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE, *préc.*, note 13, p. 11-12.

26 Le préambule du Statut de Rome mentionne que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale ».

impératifs de justice et de réconciliation avec les réalités politiques de la lutte contre l'impunité²⁷.

[9] En somme, l'impérieuse nécessité du rétablissement et de la consolidation de la paix, amène les États à consentir à l'octroi d'immunité dans les situations conflictuelles et à, par conséquent, s'abstenir de déférer ces situations devant une juridiction interne ou devant la Cour pénale internationale comme le prévoit le Statut de la Cour. D'autant plus que la résolution de ces conflits se fait généralement dans le cadre d'organisations sous-régionales ou régionales, voire de l'Organisation des Nations Unies (ONU), aussi bien les États directement concernés par les conflits que les autres États membres de la Cour passent sous silence la question de poursuite des auteurs des crimes visés par la CPI. Cet état de fait peut valablement être étayé par la déclaration de l'ONU attestant que « conçues avec soin, des mesures d'amnistie peuvent contribuer au retour et à la réinsertion [d'anciens combattants] et méritent donc d'être encouragées »²⁸. Même si l'ONU ajoute que ces mesures ne doivent en aucun cas être utilisées pour excuser des actes de génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des atteintes graves aux droits de l'homme²⁹, les positions de l'Union Africaine, en matière de résolution de conflits, illustrent éloquemment la tendance à recourir à ces mesures dans des cas de crimes relevant pourtant de la compétence de la Cour pénale internationale lorsqu'elles peuvent être propices à la pacification.

2. LA CONFRONTATION « UA VS CPI » AU NOM DE LA PAIX

[10] Les multiples conflits s'étant déroulés en Afrique ont mis en évidence l'existence du dilemme entre l'absolue nécessité de la paix et l'obligation d'appliquer le principe de responsabilité. Dans la pratique, la plupart de ces conflits se sont résolus en accordant des amnisties³⁰. C'est, par exemple, le cas en Afrique du Sud, au Mozambique, en Sierra Leone³¹. D'ailleurs, selon toute vraisemblance, l'Union Africaine privilégie les méthodes de règlement diplomatiques et non contentieuses, impliquant une dédramatisation des crimes, pour accélérer la réconciliation politique et la pacification dans les pays de l'Union aux prises avec des conflits armés.

[11] Cette approche de rétablissement de la paix adoptée par l'Union Africaine génère, de temps à autre, des tensions entre cette organisation régionale et la Cour pénale Internationale. C'est ainsi qu'après la demande par le Procureur d'un mandat d'arrêt contre le Président soudanais Omar Hassan El-Bashir, le Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine a émis un communiqué exprimant sa conviction que le mandat d'arrêt « pourrait sérieusement affecter les efforts en cours visant à faciliter le règlement

27 GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE, « Paix, justice et réconciliation en Afrique : opportunités et défis liés à la lutte contre l'impunité », La collection Union africaine, New York : International Peace Institute, décembre 2013, p. 12.

28 RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL, « Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit » (S/2004/616), paragraphe 32.

29 *Id.*

30 GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE, préc., note 13, p. 11.

31 *Id.*, p.30-50.

rapide du conflit au Darfour et à promouvoir une paix durable »³². L'UA a ensuite demandé la suspension de la procédure et a déclaré qu'une telle manœuvre était nécessaire parce que dans les circonstances qui prévalaient, des poursuites pénales ne seraient pas dans l'intérêt des victimes et de la justice, ni de celui de la paix³³.

[12] À la vérité, abstraction faite des craintes qu'elles suscitent en matière de pacification et de résolution des conflits, les poursuites initiées en plein conflit, devant la CPI, à l'encontre d'individus appartenant à une partie au conflit, apparaissent comme une manière de désigner par avance le camp des coupables (Kamto, 2013, p.169) en faisant fi du fait que tous les acteurs impliqués dans une guerre peuvent commettre des exactions. Cette criminalisation anticipée laisse penser à une complaisance à l'égard des parties dont les membres ne sont pas inquiétés pour les actes dont ils se seraient éventuellement rendus coupables. Elle pourrait, à juste titre, être vue comme une prise de position dans un conflit et une démarche politique de la Cour³⁴. Il sied, dès lors, de distinguer le temps de la justice de celui de la guerre (Curat, 2011), puisque l'émotion et la politique sont mauvaises conseillères du juge pénal, qu'il soit national ou international (Kamto, 2013, p.169). D'ailleurs, la problématique de la politisation de la Cour pénale internationale est au cœur du challenge de l'universalité auquel cette cour a toujours été confrontée et met en difficulté sa crédibilité. La CPI ne pourra retrouver l'enthousiasme et l'espoir que sa création avait suscités que si elle demeure (ou devient) l'instrument impartial et sans faiblesse de lutte contre l'impunité sur tous les continents et de tous les criminels sans distinction aucune (Kamto, 2013, p.169-170).

[13] En réalité, la position de l'UA concernant la situation au Darfour, s'explique en partie par les soupçons de politisation de la Cour à laquelle il est reproché d'avoir dans son viseur des ressortissants d'États africains essentiellement. Dans cette veine, en juillet 2010, lors du sommet des chefs d'État et de gouvernement de l'Union Africaine à Kampala, l'organisation, tout en réaffirmant son engagement à lutter contre l'impunité, a réitéré son refus de coopérer avec la CPI sur la question du Soudan et a appelé à mettre fin aux mises en accusation en cours³⁵. C'est ainsi que le président Béchir avait pu se rendre dans plusieurs pays de l'Union sans être inquiété³⁶. L'Union Africaine, a,

32 CONSEIL DE PAIX ET DE SÉCURITÉ DE L'UNION AFRICAINE, « Communiqué de la 142e réunion », 21 juillet 2008, PSC/MIN/Comm(CXLII), parag. 2, 3, 7 et 9.

33 *Id.*, parag. 11(i).

34 Voir situation en Libye : Résolution 1970 (2011) du CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES ; *Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, Affaire n°ICC-01/11, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, 27 juin 2011.

35 Assembly/AU/Dec. 296(XV), en ligne : https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/1178/Assembly%20AU%20Dec%20296%20%28XV%29%20_F.pdf?sequence=2&isAllowed=y

36 Voir *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Deuxième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, 12 juillet 2010, p.31 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la présence d'Omar Al Bashir sur le territoire de la République du Kenya, 27 août 2010 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Decision requesting observations from the Republic of Kenya, 25 octobre 2010, p.4 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome du récent séjour d'Omar Al Bashir en République du Tchad, 27 août 2010 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Demande de coopération et d'informations adressée à la République Centrafricaine, 1er décembre 2010 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Décision informant le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la récente visite d'Omar Al Bashir à Djibouti, 12 mai 2011 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Décision invitant au dépôt séjour d'observations relatives au récent séjour d'Omar Al Bashir en République du Tchad, 18 août 2011, p.4 ; *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Decision requesting observations about Omar Al-Bashir's recent visit to Malawi, 19 octobre 2011. Voir aussi Karin Calvo-Goller, *La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale*, coll. Guide pratique, Paris Lextenso éd, Gazette du Palais, 2012, p. 137-138.

par la même, exprimé son regret de ce que le Conseil de sécurité n'ait pas tenu compte de sa demande visant à surseoir, en vertu de l'article 16 du Statut de Rome, aux poursuites initiées contre le Président Omar Hassan El-Bashir et, aussi, a réitéré cette requête. L'UA a également fait savoir son mécontentement face à l'approche du Procureur de la CPI (M. Moreno Ocampo) dans les situations en Afrique, jugée grossière et condescendante, et a rejeté la demande de la Cour d'établir un bureau de liaison à Addis-Abeba³⁷. Au reste, la Commission de l'Union Africaine, défendant la décision du Kenya de ne point arrêter le président Béchir, a exhorté ses membres à voter contre toute résolution de l'ONU condamnant cet État et à divulguer les mesures qu'elle avait prises dans le but de limiter les travaux de la CPI en Afrique³⁸.

[14] Tout bien considéré, lorsqu'un mécanisme de justice transitionnelle³⁹ prévoyant un système de réparation adéquat n'est pas instauré, les immunités accordées aux différentes parties assurent l'impunité des auteurs de crimes internationaux et, en conséquence, privent les victimes de la réparation dont elles auraient pu bénéficier.

B. LES RENVOIS PAR LE CONSEIL DE SÉCURITÉ DE L'ONU ET LE PROCUREUR DE LA CPI : DES POUVOIRS EN PROIE À LA SÉLECTIVITÉ

1. LE RENVOI PAR LE CONSEIL DE SÉCURITÉ : UN POUVOIR EXCEPTIONNEL POLITISÉ ?

[15] Suivant l'article 13 b) du Statut de Rome, le Conseil de sécurité, agissant conformément au chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a la possibilité de renvoyer une situation à la CPI, alors que seulement deux membres permanents du Conseil (France, Royaume-Uni) sont États parties au Statut. Singulièrement, en vertu de cet article, le Conseil a le pouvoir exceptionnel d'étendre la compétence de la Cour à des ressortissants ou des territoires d'États non parties au Statut. Dans la pratique, le Conseil de sécurité n'a eu recours à ce pouvoir exorbitant qu'à deux reprises, en dépit de la gravité des crimes perpétrés sur de nombreux territoires. Il s'agit du renvoi de la situation au Darfour (une région du Soudan) devant la CPI⁴⁰ (résolution 1593 du 31 mars 2005) et celui de la situation de crise en Libye devant la Cour (résolution 1970 du 26 février 2011) (Bourguiba, 2017, p.45-46). Dans le cas de la Libye, la CPI réaffirma le principe du renvoi par le conseil de sécurité et confirma sa compétence pour connaître de cette situation en ces termes :

La situation en Libye ayant été déférée à la Cour par le Conseil de sécurité agissant en vertu de l'article 13-b du Statut, la présence espèce relève de sa compétence même si elle concerne la responsabilité pénale

37 Assembly/AU/Dec. 296(XV), en ligne : https://archives.au.int/bitstream/handle/123456789/1178/Assembly%20AU%20Dec%20296%20%28XV%29%20_F.pdf?sequence=2&isAllowed=1

38 GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE, préc., note 13, p. 65-66.

39 La justice transitionnelle comporte plusieurs objectifs qui se recoupent souvent : établir la vérité quant au passé ; mettre fin à l'impunité pour des violations des droits de l'homme qui se sont déroulées dans le passé ou se poursuivent encore ; indemniser les victimes de ces violations ; établir une culture basée sur l'État de droit ; jeter la fondation pour la réconciliation et la transformation politique à long terme ; et prévenir la récurrence de tels abus dans l'avenir ; Voir GROUPE DES SAGES DE L'UNION AFRICAINE, préc., note 13, p. 15.

40 *Le Procureur c. Omar Hassan Al Bashir*, Affaire n°ICC-02/05-01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 mars 2009.

alléguée de ressortissants d'un État qui n'est pas partie au Statut, pour des crimes commis sur le territoire de ce même État⁴¹

[16] Cependant, ces renvois traduisent les divergences de posture traversant le Conseil de sécurité. À la vérité, le problème ne réside pas dans les situations renvoyées devant la Cour mais dans celles que le Conseil de sécurité choisit de ne pas envoyer devant la juridiction. En effet, le caractère sélectif des renvois suggère que des intérêts politiques, financiers, économiques et géostratégiques des différents membres du Conseil, notamment ceux permanents disposant du droit de veto, prévalent sur les considérations de pacification, les souffrances des populations et le désir de justice pour les victimes (Bourguiba, 2017, p.46). Cela pourrait, vraisemblablement, expliquer pourquoi dans un même contexte de répression de soulèvements des populations, s'inscrivant dans le *printemps arabe*, la situation en Libye a été renvoyée devant la Cour 10 jours après le début de la répression, alors que plus de 10 années après, et un nombre plus important de victimes, la situation en Syrie n'a toujours pas été envoyée devant la Cour pénale internationale par le Conseil de sécurité (Bourguiba, 2017, p. 46-47).

[17] Qui plus est, l'article 16 du Statut de Rome, autorise le Conseil de sécurité à demander à la Cour de surseoir à enquêter ou à poursuivre pour une période de 12 mois renouvelable. Le Conseil de sécurité est ainsi doté d'un important pouvoir d'interférence susceptible d'empêcher la Cour d'exercer sa compétence dans des situations données, mettant ainsi à mal les droits des victimes (Bourguiba, 2017, p. 50-51). Il a été fait usage de cet article à travers les résolutions 1422 du 12 juillet 2002 et 1487 du 12 juin 2003 du Conseil de sécurité, relatives au personnel de maintien de la paix des Nations Unies. Elles visaient à accorder l'immunité, pendant une durée renouvelable de douze mois, au personnel des États non parties au Statut de la Cour participant aux missions établies ou autorisées par les Nations Unies. Nonobstant les multiples demandes de l'UA, évoqués plus haut, l'article 16 du Statut de Rome n'a été employé que dans les deux résolutions précitées, adoptées sous la pression des États-Unis⁴². Au fond, l'usage fait de cet article, à date, met également en lumière la possibilité offerte à un État non partie d'intervenir dans la définition des contours des poursuites potentielles par la CPI, en y soustrayant une catégorie de nationaux, grâce à sa position privilégiée au sein du Conseil de sécurité (BOURGUIBA, 2017, p.50).

[18] En considération des éléments qui précèdent Mirjan R. Damaška, conclut que

[...] a rigorous system for the rule of law cannot at present be established; justice cannot meaningfully be administered without regard to the volatile and complex world of international politics. Powerful actors in the international arena are in position to ignore the demands of international courts, and the sword of justice tends to be used most against indivi-

41 *Le Procureur c. Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, Affaire n°ICC-01/11, Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 du Statut concernant Muammar Mohammed Abu Minyar Qadhafi, Saif Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi, 27 juin 2011

42 FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, Rapport de position n° 8 - Cour pénale internationale : NON A L'EXCEPTION AMERICAINE sous couvert de lutte contre le terrorisme, l'offensive américaine contre la Cour pénale internationale, n° 345, novembre 2002, en ligne <https://www.fidh.org/fr/regions/ameriques/etats-unis-d-amerique/NON-A-L-EXCEPTION-AMERICAINE>

duals from states that occupy a lowly place in the de facto existing hierarchy of states (Damaška, 2008, p.330).

2. L'OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE À L'INITIATIVE DU PROCUREUR : UN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE (*PROPRIO MOTU*) SÉLECTIF

[19] Le document de politique générale du Bureau du Procureur de la CPI relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires mentionne que

Dans l'exercice de son mandat, le Procureur décide, à sa discrétion, des affaires à sélectionner en priorité aux fins d'ouvrir une enquête et d'engager des poursuites (...) le bureau du Procureur rappelle qu'il ne lui incombe pas de mener des enquêtes et des poursuites à l'égard de chacun des crimes prétendument commis dans une situation donnée ou contre chaque personne qui en serait responsable et ce n'est pas non plus son rôle. Ce serait impossible dans la pratique et ce serait contraire à la notion de complémentarité à l'échelle nationale et internationale soulignée dans le préambule et à l'article 1 du Statut⁴³.

[20] En conséquence, le Procureur de la Cour sélectionne les dossiers à traiter en effectuant des choix notamment par rapport aux lieux, aux personnes et aux charges qu'il estime qu'il faut retenir. Ainsi, dans le choix des poursuites, plusieurs facteurs restrictifs sont successivement pris en compte et vont progressivement limiter les allégations de crimes internationaux examinées par la CPI. Ce qui prive, en corollaire, les victimes de ceux de ces crimes non retenus par la Cour d'un accès à la justice et d'une éventuelle réparation, étant donné que la CPI est une juridiction de dernier ressort (Aptel, 2017, p.30). Au nombre des facteurs restrictifs majeurs figurent les quatre considérations qui suivent.

[21] Premièrement, lorsque le Procureur fait usage de son pouvoir discrétionnaire de poursuite proprio motu, seules certaines situations spécifiques sont sélectionnées. Excluant, de ce fait, l'ouverture d'enquêtes sur d'autres territoires où il pourrait également y avoir des situations relevant de la compétence de la Cour, donc des victimes potentielles qui auraient pu avoir droit à réparation si ces cas étaient aussi examinés et les responsables condamnés (Aptel, 2017, p.30).

[22] Deuxièmement, dans les situations spécifiques choisies, seules certaines entités déterminées font l'objet d'enquêtes tandis que d'autres y échappent. Ce choix a pour conséquence l'exclusion des victimes des crimes commis par des entités autres que celles effectivement poursuivies pour être jugées devant la CPI (Aptel, 2017, p.30).

[23] Troisièmement, le choix des auteurs individuels ou suspects poursuivis. Même si de nombreux suspects pourraient être identifiés, le manque de ressources empêche la Cour de tous les poursuivre et cela toujours au détriment de leurs victimes. Ainsi, au sein des entités choisies pour faire l'objet d'enquêtes, seuls quelques haut responsables sont généralement inquiétés (Aptel, 2017, p.30).

43 Document de politique générale du Bureau du Procureur de la CPI relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires, 2016, paragraphe 5.

[24] Quatrièmement, il est matériellement impossible, dans le cadre d'une situation conflictuelle où des crimes sont commis de façon systématique et généralisée, de poursuivre des responsables pour absolument chacun des crimes qu'ils auraient commis. En effet, comment poursuivre un chef de guerre, pour chaque attaque, chaque viol, chaque meurtre, qu'il est suspecté d'avoir directement commis ou ordonné ? C'est ainsi qu'une sélection d'allégations particulièrement illustratives doit être effectuée et des choix doivent être opérés dans l'incrimination des faits allégués retenus. Partant, pour être retenu comme victime devant la CPI, il faut avoir été victime de l'un des actes retenus à l'encontre de l'une des personnes poursuivies (Aptel, 2017, p.31). À titre d'exemple, Thomas Lubanga Dyilo, n'a été poursuivi que pour l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de 15 ans et pour les avoir fait participer activement à des hostilités alors qu'une kyrielle d'autres crimes, tels que des meurtres et des viols, avaient été allégués. De même, Ahmad Al Mahdi a uniquement été poursuivi pour destruction de biens culturels à Tombouctou (Mali), faisant fi d'autres allégations toutes aussi graves, telles que des meurtres, des violences sexuelles et de la torture commis au moment de la prise de la ville par Al-Qaïda au Maghreb Islamique (AQMI).

[25] En somme, chaque facteur considéré restreint le champ des crimes sur lesquels la CPI va enquêter ainsi que les suspects qu'elle jugera et, *in fine*, le nombre de victimes qui auront le « privilège » de bénéficier d'un accès à la justice. En réalité, l'ensemble de ce processus de sélection met en exergue un paradoxe : plus le nombre de crimes est important et les victimes nombreuses, plus le Procureur devra être sélectif et limiter les crimes et les suspects sur lesquels la CPI va enquêter. Ce qui limite, par la même, le nombre de victimes admissibles à la réparation (Aptel, 2017, p.30-31).

[26] De plus, conformément à l'article 53 du statut de Rome, le Procureur de la Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de poursuivre s'il estime que, compte tenu de « la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé », l'enquête ou la poursuite ne servirait pas les « intérêts de la justice ». Partant, ce pouvoir est également de nature à priver les victimes de réparation pour des crimes qui relèveraient pourtant de la compétence de la CPI⁴⁴.

[27] La combinaison de ces différents éléments mène à une situation où bien peu de crimes internationaux sont poursuivis. Dans cette veine, seule une poignée de suspects de crimes internationaux sont finalement inquiétés, puisqu'il n'existe souvent pas ou que peu de poursuites en parallèle (sinon des simulacres de procès). Cet état de choses crée un large espace d'impunité entraînant un accès sévèrement limité aux recours pour de très nombreuses victimes qui ne peuvent obtenir réparation qu'en cas de condamnation de leurs bourreaux (Aptel, 2017, p.31).

II. LA RÉPARATION DANS LE CADRE DE LA CPI : UNE UTOPIE ?

[28] La réparation requiert une procédure pour son déclenchement et une disponibilité de ressources pour sa mise en œuvre. Toutefois, d'une part la procédure de réparation

44 Art. 53 du Statut de Rome.

et la collecte des ressources destinées à son exécution comportent des aléas (A) ; d'autre part le Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes institué dans le dessein de favoriser l'effectivité de la réparation est « impotent » (B).

A. UNE RÉPARATION ALÉATOIRE

[29] Eu égard aux formalités qu'elle nécessite, la procédure de réparation pourrait sembler élitiste (1). Aussi, la disponibilité des ressources pour l'exécution de l'ordonnance de réparation est incertaine (2).

1. UNE PROCÉDURE INDIVIDUALISÉE DISCRIMINANTE

[30] Comme évoqué plus haut, toutes les personnes ayant subi des préjudices du fait d'un crime international ne peuvent bénéficier du statut de victime devant la Cour pénale internationale et, partant, d'une réparation. Puisqu'il faut, pour ce faire, nécessairement être victime d'un crime relevant de la compétence de cette cour commis par une personne poursuivie devant elle. Étant donné le lien intrinsèque existant entre la poursuite pénale et la demande de réparation, une demande qui n'est liée à aucune poursuite pénale engagée ne peut prospérer (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.1, § 22-23). Ce qui revient à discriminer les victimes qui, par le hasard du lieu, du calendrier et des contingences politiques, n'ont pas eu la « chance » d'avoir souffert d'un crime correspondant à une situation entendue par la Cour, et d'un criminel ayant laissé suffisamment de preuves pour être identifié et condamné (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 60).

[31] Aux termes de l'article 75 du Statut de Rome, la procédure de réparation est, généralement, déclenchée par une demande (écrite) des victimes ou, exceptionnellement, par une initiative propre de la Cour. Cet article prévoit donc une procédure individualisée attendu que, dans la plupart des cas, la procédure de réparation doit être mise en mouvement par les personnes affectées par les crimes concernés.

[32] Mais, concrètement, les victimes ne peuvent formuler une demande en réparation que si elles ont connaissance de la possibilité d'initier une telle démarche et si elles ont accès aux moyens nécessaires pour la mener à bien. L'accès à l'information est alors la première condition pour que la procédure soit déclenchée par les victimes (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 61). Ainsi que l'exprime Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « des victimes sans accès à l'information sont des victimes qui ne peuvent pas jouir d'un droit dont elles disposent en principe, mais dont elles ignorent tout » (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 63). Considérant que le plus grand nombre de victimes de crimes de masse, notamment dans les situations de conflits armés, sont des personnes civiles démunies, analphabètes, l'accès à la Cour pour réparation pourrait bien n'être qu'un privilège rare, un traitement différentiel incompatible avec les principes d'égal accès à la justice et d'égalité devant la loi (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 60).

[33] En effet, « [I]es victimes riches, éduquées et, la plupart du temps, urbaines ont davantage de chance d'accéder à l'information (l'existence d'un régime de réparation devant la CPI), de bien défendre leur cause (en ayant les avocats et les conseillers appropriés), de supporter les longueurs de la procédure (puisqu'elles ne sont pas dans

un besoin urgent) et finalement d'obtenir satisfaction en recevant les réparations demandées » (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 59). En revanche, les victimes les plus pauvres, les moins éduquées et vivant dans les régions les plus reculées ont beaucoup moins de chance d'obtenir des réparations même si elles souffrent des mêmes crimes, voire de crimes plus graves encore, étant donné que l'accès à l'information est la condition de possibilité de la réparation (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 59-61). D'ailleurs, la fracture numérique n'aide pas ces dernières.

[34] Aussi, lorsque la demande de réparation émane de la victime, il incombe à cette dernière et à ses représentants légaux, de faire, au moment d'amorcer la procédure, la preuve du préjudice subi. Conformément à la règle 94 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour, la demande de réparation doit contenir la description du dommage, de la perte ou du préjudice et, dans la mesure du possible, toutes les pièces justificatives, notamment les noms et adresses des témoins. Cette charge de la preuve qui pèse sur la victime n'est certainement pas de nature à favoriser les demandes de réparation, attendu que prouver que l'on a été victime d'exactions perpétrées dans un contexte particulièrement violent et chaotique est une démarche complexe. En fait, « [d]ans le cadre d'un conflit armé, d'un génocide, d'un massacre, la victime ne pense pas à récolter des preuves, orales et écrites. Elle n'a pas forcément les noms et prénoms des coupables ainsi que les adresses des témoins » (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 26).

[35] Par ailleurs, le seul fait d'avoir le droit de réclamer des réparations ne suffit pas pour pouvoir exercer ce droit. Il faudrait aussi être disposé à le faire. Mais, pour des raisons diverses, y compris des pressions dont elles font l'objet, certaines victimes s'abstiennent de l'exercer. Dans certains cas, le simple fait de devoir formuler une réparation est difficile et cela discrimine entre les victimes capables de le faire et celles qui, pour des raisons psychologiques et ou culturelles n'engagent pas la procédure (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 59, 72-73).

2. UNE EXÉCUTION IMPROBABLE

[36] L'exécution de la réparation, due subséquentement à des crimes internationaux soumis à la Cour pénale internationale, reste fondamentalement tributaire du champ matériel des crimes pour lesquels l'accusé est poursuivi ainsi que de l'aboutissement du procès pénal. En effet, l'article 75.2 du Statut de Rome dispose que : « La Cour peut rendre contre une personne condamnée une ordonnance indiquant la réparation qu'il convient d'accorder aux victimes ou à leurs ayants-droits [...] ». Le processus de réparation succède alors au processus judiciaire et l'obligation de réparation ne peut être mise à la charge de l'accusé que lorsqu'il est reconnu coupable par la juridiction⁴⁵.

[37] Ce processus implique un long cheminement, donc une longue période d'attente faite d'errance et d'incertitude pour les victimes dont la patience se révèle souvent vaine et les espoirs déçus. Cette fâcheuse réalité peut être étayée par l'affaire Bemba. Dans cette affaire notamment, la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, le 8 juin 2018, a acquitté Jean-Pierre Bemba Gombo poursuivi pour crimes de guerre et crimes

45 Blogue de Judicaël Elisée TIEHI, « Le fonds au profit des victimes de la Cour pénale internationale : un modèle de réparation ? », *Société québécoise de droit international*, 22 avril 2020, en ligne : <https://blogue.sqdi.org/2020/04/22/le-fonds-au-profit-des-victimes-de-la-cour-penale-internationale-un-modele-de-reparation/>

contre l'humanité en concluant que la Chambre d'instance III l'avait condamné à tort. Cette décision a ainsi mis un terme aux espérances de plus de 5000 victimes qui avaient participé au procès et étaient restées pendant 15 années dans l'expectative d'une justice et d'une réparation des préjudices qu'elles avaient subis lors du conflit qui s'était déroulé en République Centrafricaine en 2002-2003. De plus, après une décision de condamnation, la procédure de réparation peut aussi prendre un temps excessivement long. À titre d'illustration, on peut évoquer l'affaire Thomas Lubanga Dyilo dans laquelle la décision finale sur les réparations, rendue par la Chambre d'appel, n'est intervenue qu'en juillet 2019, c'est-à-dire plus sept (7) ans après la décision de condamnation⁴⁶.

[38] Par ailleurs, la réparation doit être essentiellement financée par le produit des amendes et biens du condamné confisqués. Considérant que selon le Statut de Rome, le crime de génocide est commis « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux »⁴⁷, les crimes contre l'humanité sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population, civile »⁴⁸ et les crimes de guerre « s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique » ou « font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle »⁴⁹, on s'aperçoit que les crimes relevant de la compétence de la CPI génèrent un nombre élevé de victimes (Fardel, 2019, p.21). Conséquemment, les ressources individuelles des personnes condamnées ne peuvent permettre de satisfaire à l'obligation de réparation qui est à leur charge. De toute façon, les amendes imposées au condamné, en vertu de l'article 77 du Statut de Rome, sont cantonnées. Leur montant total ne peut en aucun cas, selon la règle 146(2) du Règlement de procédure et de preuve de la Cour, dépasser les trois-quarts de la valeur des avoirs identifiables, liquides ou réalisables ou des biens de la personne condamnée, déduction faite d'un montant suffisant pour répondre à ses besoins financiers et à ceux des personnes à sa charge.

[39] Au demeurant, identifier, localiser et geler les biens de l'accusé, ses avoirs, ses fonds ainsi que les produits du crime implique la coopération des États sur les territoires desquels se trouvent ces éléments. À cet effet, en vertu de la règle 217 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI, la Présidence de la Cour a le pouvoir de requérir la coopération⁵⁰ de « tout État avec lequel la personne condamnée semble avoir un lien direct en raison de sa nationalité, de son domicile, de sa résidence habituelle ou du lieu de ses avoirs et de ses biens, ou avec lequel la victime a un lien de ce type » (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 44-45). À ce propos, il convient d'opérer une

46 *Id.*

47 Art. 6 du Statut de Rome

48 Art. 7 du Statut de Rome

49 Art. 8 du Statut de Rome

50 Voir *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, Affaire n°ICC-02/05-01/07, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, 27 avril 2007 ; *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Affaire n°ICC-02/05-03/09, Decision on « Defence Application pursuant to Article 57(3)(b) & 64(6)(a) of the Statute for an order for the preparation and transmission of a cooperation request to the Government of the Republic of the Sudan », 1er juillet 2011. Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, Decision on the Request for Assistance Submitted on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 93(10) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence, 29 juin 2011.

distinction entre les États parties et les États tiers. Une obligation de coopération s'applique aux États parties au Statut de la Cour alors que la coopération des États tiers nécessite leur consentement explicite⁵¹ à accepter la compétence de la Cour, exprimé par voie d'un accord spécifique ou au moyen d'un arrangement conclu avec la Cour (Calvo-Goller, 2012, p.134).

[40] L'article 86 du Statut consacre une obligation générale des États parties de coopérer (Swart, 2002, p.1595) et, étant donné que la coopération avec la Cour implique qu'il n'y ait pas d'obstacle dans le droit interne des États, l'article 88 du Statut de Rome, dans l'optique d'assurer cette coopération, dispose que « les États parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le présent chapitre ». Toutefois, dans la réalité, ces prescriptions ne suffisent pas à garantir l'exécution des peines d'amende, des mesures de confiscation ou des ordonnances de réparation. De ce fait, le refus de coopérer d'un État peut retarder, voire bloquer l'octroi des réparations, s'il n'applique pas les mesures demandées et laisse donc échapper (ou même protège) les ressources, fonds, et biens qui devaient être saisis. Sans compter que les dispositions de l'article 88 du Statut ne s'appliquent qu'aux États parties, alors que les personnes suspectées d'exactions peuvent opérer le transfert de leurs biens et avoirs dans des États non parties dans le dessein de complexifier la procédure de réparation (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.2, § 47-50). Tout compte fait, la CPI n'échappe pas à l'observation de Mirjan R. Damaška suivant laquelle

Without the cooperation and support of individual states, international courts are doomed to impotence: for example, they have no power to arrest, to compel the production of evidence, nor to enforce judgments (Damaška, 2008, p.330).

[41] Du reste, la période allant de l'ouverture d'une enquête à une décision finale sur la réparation, généralement très longue, est propice à l'organisation de l'insolvabilité des présumés auteurs, à leur appauvrissement ou à la dégradation des biens saisis. C'est ainsi que la CPI, constatant l'indigence de Thomas Lubanga Dyilo⁵² et Ahmad Al Mahdi⁵³ respectivement condamnés, au titre des réparations, à dix millions (10 000 000) de Dollars USD dans le cadre du conflit en Ituri, en République Démocratique du Congo, et 2,7 millions d'Euros pour des actes commis à Tombouctou, a dû solliciter l'assistance du Fonds au profit des victimes pour la mise en œuvre des actions de réparations. Miriam Cohen présente explicitement cette réalité en l'exprimant comme il suit

One of the main challenges of reparations in the international criminal justice context is that the accused may not have any financial resources at the end of the trial to pay reparations to victims (Cohen, 2020, p.39).

51 Voir par exemple, Situation en République de Côte d'Ivoire, ICC-02/11, Confirmation de la déclaration de reconnaissance, 14 décembre 2010.

52 En ligne : <https://www.icc-cpi.int/fr/news/affaire-lubanga-la-chambre-dappel-confirme-la-decision-de-la-chambre-de-premiere-instance-ii>

53 En ligne : <https://www.icc-cpi.int/fr/news/affaire-al-mahdi-lordonnance-de-reparation-devient-definitive>

B. LE FONDS D’AFFECTATION SPÉCIALE AU PROFIT DES VICTIMES : UN MANDATAIRE LIMITÉ

[42] La réparation dans le cadre de la CPI est axée sur un régime bicéphale, composé de la Cour (art.75) et du Fonds (art.79), lequel est investi de deux principaux mandats, notamment, favoriser la mise œuvre des ordonnances de réparation (1) et assister les victimes relevant de la compétence de la Cour (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.3, § 1).

1. LE FONDS : UN MODESTE INTERMÉDIAIRE AU TITRE DE SON MANDAT JUDICIAIRE

[43] La raison d’être du Fonds au profit des victimes est la recherche de l’efficacité, qui dépend de ses capacités financières, lesquelles à leur tour sont tributaires des sources qui l’alimentent. La règle 21 du Règlement du Fonds indique quatre sources de financement du Fonds : les contributions volontaires, le produit des amendes ou les biens confisqués, le produit des réparations, et les ressources (autres que les quotes-parts) provenant des États parties. (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.3, § 5).

[44] En disposant que « la Cour peut ordonner que le produit des amendes et tout autre bien confisqué soient versés au fonds », le Statut de Rome consacre le mandat judiciaire du Fonds au profit des victimes. Cette fonction est d’autant plus précisée par la règle 98 du règlement de procédure et de preuve de la Cour qui mentionne que celle-ci peut ordonner que le montant de la réparation mise à la charge de la personne reconnue coupable soit versé par l’intermédiaire du Fonds au profit des victimes⁵⁴. La deuxième source identifiée par la règle 21 du Règlement du Fonds est donc celle destinée à financer les opérations entrant dans le cadre du mandat judiciaire du Fonds. Toutefois, le Conseil de direction du Fonds ne peut librement disposer de ces ressources vu qu’il est contraint de se conformer aux instructions de la Cour. La Présidence de la Cour se prononce, en effet, à la lumière de la règle 221 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour, sur toutes les questions se rapportant à la liquidation ou l’affectation des biens ou avoirs réalisés en exécution d’une décision de la juridiction. Même en l’absence de condition ou d’instruction de la Cour, le Conseil de direction doit se conformer à la procédure consistant à séparer le montant de la réparation déposé par la Cour des autres ressources du Fonds et à le remettre « à chaque victime dès que possible »⁵⁵. Le Fonds est toujours directement ou indirectement dépendant de la Cour pour ce qui est de l’usage de ces ressources. Le Fonds ne fait donc qu’appliquer les décisions de la Cour, jouant ainsi un simple rôle d’intermédiaire et de dépositaire dans la gestion de ces ressources (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.3, § 53-56).

[45] En sommes, au titre du mandat judiciaire, le Fonds n’affecte aux réparations ordonnées par la Cour que le produit des amendes et biens confisqués⁵⁶ et ces réparations sont exclusivement destinées aux individus reconnus comme victimes de la

⁵⁴ Il peut en être ainsi si, au moment où la Cour statue, il lui est impossible d’accorder un montant à chaque victime prise individuellement, ou lorsqu’une réparation collective est plus appropriée en raison du nombre des victimes et de l’ampleur, des formes et des modalités de la réparation.

⁵⁵ Règle 98 du règlement de procédure et de preuve de la CPI.

⁵⁶ Art. 79 du Statut de Rome.

personne condamnée. Mais, comme évoqué plus haut, cette source de financement est particulièrement précaire et incertaine. Plus spécifiquement, les fonds sont difficiles à saisir et généralement insuffisants lorsque saisis. Cette source dépend entièrement de la capacité de la Cour à retracer et geler les fonds alors que ces opérations sont longues, coûteuses, laborieuses et difficiles à réaliser. (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.3, § 8-9). Dès 2004, William Schabas prévenait, à juste titre, qu'« [i]l pourrait être tout simplement irréaliste d'attendre de la nouvelle Cour qu'elle soit capable de localiser et de saisir des fonds substantiels de ses prisonniers » (Schabas, 2004, p.175).

2. LE FONDS : UN PAUVRE BIENFAITEUR AU TITRE DE SON MANDAT D'ASSISTANCE

[46] Le Fonds créé, suivant l'article 79(1) du Statut de Rome, « au profit des victimes de crimes relevant de la compétence de la Cour et de leurs familles », peut, en dehors de son mandat judiciaire d'intermédiaire, initier des actions destinées ou étendues à des victimes dont les préjudices ne découlent pas de crimes commis par des personnes poursuivies et condamnées par la Cour. Ces actions, entreprises indépendamment d'une condamnation par la CPI, s'inscrivent dans le mandat d'assistance du Fonds au profit des victimes. En fait,

[i]n theory, by its nature, the assistance mandate might reach a greater number of individuals and affected communities in a more timely fashion than court-ordered reparations, since it is not connected to the case before the court and can benefit victims of broader situations (Cohen, 2020, p.143).

[47] Cependant, le Fonds au profit des victimes ne pouvant, dans l'exercice de ce mandat, s'intéresser qu'à des situations relevant de la compétence de la Cour, un grand nombre de victimes de crimes commis sur le territoire d'États parties au Statut de la Cour pourraient être laissées en rade. Étant donné qu'en vertu du principe de complémentarité, la Cour n'est compétente que lorsque les juridictions étatiques concernées sont incapables ou n'ont pas la volonté de connaître des affaires dont il s'agit.

[48] En dehors des ressources obtenues par l'intermédiaire de la Cour, à savoir le produit des amendes et biens confisqués et le produit des réparations, exclusivement réservés aux victimes du condamné (mandat judiciaire), la règle 21 du Règlement du Fonds distingue deux autres sources de financement destinées à permettre au Fonds d'exécuter son mandat de soutien aux victimes relevant de la compétence de la Cour : les contributions volontaires et les ressources provenant de l'Assemblée des États parties.

[49] À la vérité, les contributions volontaires constituent la plus importante source de financement du Fonds. À l'aune de la règle 21 du Règlement du Fonds, ces contributions peuvent être versées par des gouvernements (y compris ceux d'États non parties), des organisations internationales, des particuliers et d'autres entités. Les contributions majeures proviennent globalement des États et des organisations internationales (Jeangène Vilmer, 2009, Chap.3, § 18). Mais, « [l]es réparations ne sont généralement pas considérées comme des causes attrayantes auxquelles donner. En

général, de nombreux gouvernements préfèrent des causes plus “optimistes” ou davantage tournées vers l’avenir, comme le développement » (De Greiff & Wierda, 2005, p. 237-238).

[50] En somme, le mandat d’assistance du Fonds étant principalement financé par des contributions volontaires des États et organisations internationales, les ressources dont il dispose sont très limitées et ne peuvent permettre de prendre en compte que très peu de situations de perpétration de crimes internationaux.

CONCLUSION

[51] Les différents modes de saisine de la Cour pénale internationale consacrés par le Statut de Rome présentent des défis majeurs qui font que la plupart des cas de commission de crimes relevant de la compétence de la Cour échappent à la poursuite. Aussi, force est de constater que lorsque les responsables de ces crimes sont effectivement poursuivis et condamnés, leurs ressources matérielles et financières sont généralement inexistantes ou insuffisantes et ne peuvent permettre d’exécuter l’ordonnance de réparation qui est à leur charge. La bouée de sauvetage que constitue le Fonds d’affectation spéciale au profit des victimes est chichement gonflée. Il n’a pas vocation à se substituer aux débiteurs de l’obligation de réparation et ses mandats ne lui permettent pas de prendre en charge toutes les victimes de crimes de masse.

[52] En définitive, les analyses qui précèdent suggèrent que le système de réparation de la Cour pénale internationale, au regard des variables et des réalités qui influent sur sa mise en œuvre, est déficient et ne peut permettre une effective réparation des crimes visés par le Statut de la Cour. Partant, le droit des victimes à réparation des préjudices subis, subséquent à la commission de crimes internationaux, qui, théoriquement est un acquis depuis le Statut de Rome, s’apparente à un mirage.

BIBLIOGRAPHIE

Aptel, C., « La complémentarité en droit international pénal et les droits des victimes en droit international des droits de l'homme », dans Canal-Forgues, E. et M. Delmas-Marty (dir.), *Quelle(s) complémentarité(s) en droit international pénal ?*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017. p.27

Bourguiba, L., « La justice pénale est-elle politisée ? Des relations entre la CPI, le Conseil de sécurité et l'Union Africaine », dans Canal-Forgues, E. et M. Delmas-Marty (dir.), *Quelle(s) complémentarité(s) en droit international pénal ?*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017. p.43

Calvo-Goller, K., *La procédure et la jurisprudence de la Cour pénale internationale*, coll. Guide pratique, Paris Lextenso éd., Gazette du Palais, 2012.

Cohen, M., *Realizing Reparative Justice for International Crimes: From Theory to Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020

Conseil de paix et de sécurité de l'union africaine, « Communiqué de la 142e réunion », 21 juillet 2008, PSC/MIN/Comm(CXLII)

Currat, P., « Kadhafi : le temps de la justice n'est peut-être pas celui de la guerre », *Le Temps*, 2 novembre 2011

Damaška, M., « What Is The Point of International Criminal Justice », (2008) 83 *Chi.-Kent L. Rev.* 329

De Greiff, P. et M. Wierda, *The Trust Fund for Victims of the International Criminal Court: Between possibilities and constraints*, dans K. De Feyter et al. (dir.), 2005, p.225

Fardel, M., *La participation des victimes aux procédures pénales internationales et les droits de l'accusé*, coll. Collection genevoise - droit international, Geneve, Schulthess, 2019

Groupe des sages de l'union africaine, *Paix, justice et réconciliation en Afrique : opportunités et défis liés à la lutte contre l'impunité*, La collection Union africaine, New York : International Peace Institute, 2013

Jeangène Vilmer, J-B., *Réparer l'irréparable*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009

Kamto, M., *Droit international de la gouvernance*, Paris, Editions A. Pedone, 2013.

Manirabona M. A., et J.-A. M. Wemmers, « It doesn't go away with time: victim's need for reparation following crimes against humanity », dans J.-A. M. WEMMERS, (dir.), *Reparation for victims of crimes against humanity: the healing role of reparation*, coll.

Routledge frontiers of criminal justice, n°19, Milton Park, Abingdon, Oxon, Routledge, 2014.

Nations Unies, *Justice transitionnelle et droits économiques, sociaux et culturels*, New York, UN, 2014

Pellet, S., « Chapitre V. Le procès », dans J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubéda-Saillard et M. Dosen (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale: commentaire article par article*, 2e éd, Paris, Éditions A. Pedone, 2019, p. 1985

Schabas, W., *An Introduction to the ICC*, seconde édition, Cambridge, Cambridge University Press, 2004

Swart, B., « General Problems », in Cassese, A., P. Gaeta et J. R. W. D. Jones (dir.), *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2002.

Tiehi, J.E., « Le fonds au profit des victimes de la Cour pénale internationale : un modèle de réparation ? », *Société québécoise de droit international*, 22 avril 2020, en ligne : <https://blogue.sqdi.org/2020/04/22/le-fonds-au-profit-des-victimes-de-la-cour-penale-internationale-un-modele-de-reparation/>

VÉRIFIER L'ÂGE DES INTERNAUTES SUR LES SITES PORNOGRAPHIQUES POUR EN LIMITER L'ACCÈS AUX PERSONNES MINEURES : UNE MESURE NOVATRICE ET NÉCESSAIRE POUR LE DROIT CANADIEN

Marie-Pier JOLICOEUR⁵⁷

Marie-Pier JOLICOEUR
Vérifier l'âge des internautes sur les sites pornographiques pour en limiter l'accès
aux personnes mineures : une mesure novatrice et nécessaire pour le droit canadien

⁵⁷ Candidate au doctorat en droit à l'Université Laval et à l'Université d'Ottawa sous la direction du Professeur Pierre-Luc Déziel et la co-direction de la Professeure Mona Paré. Elle est également membre du Centre de recherche en droit public (CRDP).

RÉSUMÉ

Le visionnement de matériel pornographique peut avoir des conséquences importantes sur le développement psychosexuel des enfants. La stratégie d'imposer aux entreprises œuvrant dans l'industrie de la pornographie de vérifier l'âge des internautes à l'entrée de leurs sites Internet pour empêcher les mineurs d'y avoir accès permet une réponse efficace à cette problématique. Le Sénat du Canada a récemment soumis le projet de loi S-210 visant à codifier cette stratégie. Cette proposition législative soulève cependant certains enjeux sur les plans, entre autres, de la liberté d'expression, de la vie privée, du caractère arbitraire de l'âge, de l'autonomie du mineur, de la territorialité et même, au niveau de l'effectivité du déploiement de la mesure sur le plan technique. La thèse de notre article est de défendre la mise en œuvre de cette stratégie de vérification d'âge tout en reconnaissant qu'il est absolument nécessaire de mobiliser certaines précautions et modalités pour adresser les enjeux sus-énumérés. Nous défendons également l'importance de promouvoir une éducation saine et égalitaire à la sexualité comme complément à des mesures législatives.

ABSTRACT

Viewing pornographic material can have a significant impact on the psychosexual development of children. The strategy of requiring companies involved in the pornography industry to verify the age of Internet users at the entrance to their websites to prevent minors from accessing them is an effective response to this problem. The Senate of Canada recently introduced Bill S-210 to codify this strategy. However, this legislative proposal raises issues of freedom of expression, privacy, arbitrariness of age, autonomy of the minor, territoriality and even the technical effectiveness of the measure. The thesis of our paper is to defend the implementation of this age verification strategy while recognizing that it is absolutely necessary to mobilize certain precautions and modalities to address the above issues. We also argue for the importance of promoting healthy, egalitarian sexuality education as a complement to legislative measures.

INTRODUCTION

[1] Le déploiement de stratégies efficaces visant à limiter l'accès des mineurs à la pornographie est un sujet récent de l'actualité canadienne et internationale. À travers plusieurs juridictions, des propositions législatives ont été mises de l'avant en vue d'imposer une mesure de vérification d'âge à l'entrée des sites qui diffusent du contenu sexuellement explicite⁵⁸. L'étude de cette problématique n'est cependant pas nouvelle pour le droit canadien. Dès 1985, le Comité spécial d'étude sur la pornographie et la prostitution (le Comité Fraser) avait formulé plusieurs conclusions importantes sur la pornographie au Canada (Manganas, 1989, p. 490-494). Bien avant la démocratisation de l'Internet au sein des foyers canadiens, ce comité était venu à la conclusion, à l'époque, qu'il était dorénavant beaucoup plus facile d'avoir accès à du matériel pornographique et qu'il y avait alors lieu de « redresser les torts sociaux causés [à la société canadienne] par [cette industrie] » (Robertson, 2002, p. 4). Ces conclusions suivaient d'ailleurs celles du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (ci-après « Comité Bagdley ») dont le chapitre 54 du rapport final est consacré à la question de la diffusion, l'accessibilité et l'achat de matériel pornographique (le Comité Bagdley, p. 1349 et ss.). Dans ce rapport, une enquête nationale révélait que plus de 83% de la population s'opposait à la vente de pornographie aux personnes mineures (Comité Bagdley, p.1374). Il faut dire que cette diffusion de la pornographie était beaucoup plus occulte qu'aujourd'hui. Les images pornographiques constituaient surtout, à l'époque, le fait des « revues pour adultes » ou de certaines « brochures » dont l'emplacement se trouvait alors dans des magasins de détail (Comité Bagdley, p. 1349 et p. 1363).

[2] Récemment, en 2021, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies adoptait l'*Observation n° 25 sur les droits de l'enfant en relation avec l'environnement numérique* (ci-après OB n° 25)⁵⁹. Cette observation vise à s'assurer que les droits de chaque enfant - protégés par la Convention internationale sur les droits des enfants - soient respectés, protégés et mis en œuvre dans l'environnement numérique (OB n° 25, par. 4). Le texte soutient que l'environnement numérique contient certaines informations qui véhiculent « des stéréotypes de genre, des informations discriminatoires, racistes, violentes, pornographiques ou abusives » (OB n° 25, par. 54). Les États devraient alors chercher à protéger « les enfants contre les contenus nocifs et veiller à ce que les entreprises [...] et les autres fournisseurs [...] élaborent et appliquent des directives permettant aux enfants d'accéder en toute sécurité à des contenus diversifiés [...] (OB n°25, par. 54) tout en protégeant ces mêmes enfants contre les matériels nocifs conformément à leurs droits et au développement de leurs capacités » (OB n° 25, par. 54, Nos soulignements). Cette observation adopte également une recommandation plus spécifique à son paragraphe 114 *in fine* au sujet de la vérification d'âge sur Internet en vue de protéger les enfants de certains services et produits dangereux :

Les États partis devraient veiller à la mise en place de mécanismes d'application appropriés et aider les enfants, les parents et les personnes qui

⁵⁸ Le terme pornographie et matériel sexuellement explicite seront utilisés de manière interchangeable tout au long de l'article.

⁵⁹ Les observations générales du Comité des Nations Unies sont des textes officiels qui donnent une orientation et des lignes directrices sur ce que les États doivent faire sur leur territoire pour s'assurer de respecter la Convention sur les droits des enfants. Ces observations peuvent être invoqués par les tribunaux canadiens, voir, à titre d'exemple : *Médecins Canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 651 (CanLII), [2015] 2 RCF 267, au para 462, <<https://canlii.ca/t/g81sh#par462>>, consulté le 2022-12-15 .

s'occupent des enfants à accéder aux mesures de protection applicables. Ils devraient légiférer pour que les enfants soient protégés contre les produits dangereux, tels que les armes ou les drogues, ou les services dangereux, tels que les jeux d'argent. De solides systèmes de vérification de l'âge devraient être utilisés pour empêcher les enfants d'accéder à des produits et services dont la possession ou l'utilisation est illégale en ce qui les concerne. Ces systèmes devraient être compatibles avec les exigences en matière de protection et de sauvegarde des données. [Nos soulignements].

[3] Notre article défend une posture qui rejoint celle du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies dans la disposition susmentionnée : un système de vérification d'âge devrait être appliqué pour limiter l'accès à des personnes mineures à des sites pornographiques. Nous soutiendrons des arguments favorables au déploiement d'une telle stratégie. Pour y arriver, d'abord, dans la première partie, nous exposerons la problématique choisie en traitant des risques démontrés dans la littérature qui sont liés au visionnement de la pornographie par les moins de dix-huit ans. Nous soulignerons quelques données qui concernent l'exposition des mineurs à du matériel pornographique (section 1.1). Nous aborderons ensuite les conséquences du visionnement de ces contenus sur l'éducation, la représentation de la sexualité et les pratiques sexuelles imprudentes (section 1.2), sur l'image des femmes, les stéréotypes et la violence (section 1.3) et sur les risques de dépendance et de visionnement compulsif (section 1.4).

[4] Dans une seconde partie, nous aborderons plus en détail la stratégie de vérification de l'âge des internautes en elle-même. D'abord, nous présenterons un portrait de quelques initiatives internationales mobilisant cette mesure (section 2.1). Le sous-titre suivant consistera en une présentation du projet de loi du Sénat canadien S-210 de 2021, soit la *Loi limitant l'accès en ligne des jeunes au matériel sexuellement explicite* (section 2.2). Nous définirons en quoi ce projet est novateur et nécessaire pour la protection des droits de l'enfant au Canada. Nous verrons ensuite à présenter de manière non exhaustive les différentes façons d'opérationnaliser la stratégie (section 2.3). Dans la section suivante, nous fournirons quelques pistes de réponses et contre-arguments aux reproches et critiques formulés à l'égard de la stratégie de vérification d'âge (section 2.4). Nous traiterons ainsi des enjeux soulevés sur la liberté d'expression (section 2.4.1), la vie privée (section 2.4.2), le caractère arbitraire de l'âge et l'autonomie de l'enfant (section 2.4.3), la territorialité (section 2.4.4) et les aspects plus techniques de sa mise en œuvre, entre autres la possibilité de contourner la mesure (section 2.4.5).

[5] Dans une troisième et dernière partie, nous réfléchirons, dans une perspective interdisciplinaire, à l'éducation sexuelle des mineurs comme complément nécessaire à la législation. Nous identifierons d'abord quelques lacunes dénoncées dans l'éducation à la sexualité des enfants au Canada et ailleurs (section 3.1) et nous défendrons, par la voix de certains experts, l'importance d'une éducation critique des jeunes face aux contenus pornographiques (section 3.2).

1. UNE PROBLÉMATIQUE PRÉOCCUPANTE: LES CONSÉQUENCES DU VISIONNEMENT DE LA PORNOGRAPHIE CHEZ LES MINEURS

As technology continues to grow and become more intelligent, so do the abusers who are quick to leverage new tools in order to continue their same old activities. However, humans as the creators of these technologies have the power to “further shape it, our understanding of it, and our interactions with it, to now prioritize the rights of children and young people (Gurriell, 2021, p. 849).

[6] Comme il en ressort de l’OB n° 25 présentée en introduction, l’environnement numérique est important pour de nombreux enfants. Les impacts de son utilisation ont été étudiés dans des disciplines diverses telles que la psychologie du développement humain et l’éducation (Burnett & Daniels, 2015 ; Cooper, Quayle, Jonsson, & Svedin, 2016; Lynch & Redpath, 2014; Orlando & Attard, 2016 ; Stephen & Plowman, 2008 compilation citée dans Quadara, El-Murr & Latham, 2017, p. 30). Internet peut offrir des expériences positives aux personnes mineures. Il importe de séparer le bon grain de l’ivraie lorsqu’on s’intéresse aux enjeux qui touchent le développement de l’enfant et les technologies numériques.

[7] Nous cherchons d’abord, dans cette première partie, à saisir les principaux risques de visionner spécifiquement des contenus pornographiques en ligne pour les mineurs. Cela nous semble la première étape à franchir avant de défendre la nécessité d’être plus actif sur le plan juridique. Il faut dire que sur le plan scientifique, déterminer avec précision l’impact de la pornographie sur les enfants n’est pas une démarche aisée. Pour des raisons éthiques évidentes, il ne serait pas souhaitable d’imposer à un groupe contrôle d’enfants de visionner du contenu pornographique pour mesurer les différences entre ce groupe, et un groupe d’enfants qui n’en visionneraient pas⁶⁰. Certains utiliseront même cette difficulté en vue de décrédibiliser les propositions législatives qui visent à limiter l’accès de la pornographie aux mineurs⁶¹. En 2002, dans le rapport Roberston, ce défi de trouver des « preuves objectives » des effets nuisibles de la pornographie était d’ailleurs soulevé (Roberston, 2002, p. 3). On relevait alors trois sources possibles de preuves de préjudice : les preuves anecdotiques (par exemple, une victime qui déclare à un policier qu’un agresseur était sous influence de la pornographie), les preuves statistiques (par exemple, établir une corrélation entre le visionnement de contenu pornographique et la commission d’un crime sexuel) et les preuves dites expérimentales ou scientifiques (par exemple, des expériences contrôlées visant à mesurer des réactions à la suite d’un visionnement de pornographie violente) (Roberston, 2002, p. 3). Depuis la publication de ce rapport en 2002, la recherche a - heureusement - beaucoup évolué. Avec cette plus grande place

60 Dans un Colloque sur les droits des enfants dans l’environnement numérique que nous avons organisé en collaboration avec le Laboratoire sur les droits des enfants de l’Université d’Ottawa, la sénatrice a elle-même déclaré, après en avoir discuté avec des chercheurs québécois sur la question, que cela peut expliquer l’ensemble d’études longitudinales contrôlées sur la question. (Inursion dans l’univers des droits des enfants à l’ère numérique, Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l’enfant (LRIDE), le 25 janvier 2021, en ligne : <https://www.uottawa.ca/faculte-droit/droit-civil/lride/evénements/25-janvier-2022-incursion-dans-lunivers-des-droits-des-enfants-1ere-numerique>).

61 Cela s’entend souvent, mais nous l’avons spécifiquement entendu récemment dans les échanges du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles entourant le projet de loi S-210.

qu'Internet occupe dans nos vies, plusieurs chercheurs se sont intéressés à la question des impacts de la pornographie sur le développement des enfants. L'une des revues de littérature les plus importantes qui a été faite à ce propos provient du *Australian Institute of Family Studies*. Cette publication de 2017 nous aura d'ailleurs permis de faire la lumière sur la problématique abordée dans le présent article, et d'aller creuser plusieurs des études qui y sont recensées⁶².

[8] D'abord, il faut noter que la pornographie peut être décrite comme un spectre de contenus sexuels allant de la nudité (images de parties génitales féminines ou masculines) à l'engagement de personnes dans une activité sexuelle comprenant parfois du contenu *hardcore* ou violents (Quadara, El-Murr & Latham, 2017 p. 36).

[9] Notre synthèse des conséquences du visionnement de la pornographie sur le développement de l'enfant sera divisée en quatre sous-sections. La première exposera quelques données et statistiques sur la place qu'occupe le visionnement de matériel sexuellement explicite dans la vie des personnes mineures (section 1.1). Les trois sous-sections suivantes proposeront un aperçu des conséquences de cette activité sur leur éducation, leur représentation de la sexualité et les pratiques sexuelles imprudentes (section 1.2), sur les l'image des femmes, les stéréotypes et le rapport à la violence (section 1.3) et sur les risques de développer une forme dépendance et de consommation compulsive (section 1.4).

1.1 QUELQUES DONNÉES SUR L'EXPOSITION DES MINEURS À DU MATÉRIEL PORNOGRAPHIQUE

[10] Historiquement, la pornographie s'est d'abord longtemps exprimée dans des poèmes, des romans, des dessins, des peintures et des photos répondant aux besoins d'un marché qui était plutôt limité (Encyclopédie canadienne, 2013). On attribuerait son véritable « essor » à la création du magazine *Playboy*, en 1953, dont le succès aurait bien préparé le terrain à la prolifération de sites pornographiques qui existent aujourd'hui (Poulin, 2013, p. 145). Nous y avons fait allusion en introduction, le développement d'Internet et l'accroissement de son accès ont permis aujourd'hui de rendre les contenus pornographiques davantage accessibles à un public de tous âges. Selon une enquête réalisée par l'Académie de la transformation numérique en 2020, près de 97 % des foyers québécois ont dorénavant une connexion Internet à la maison, une augmentation de 22% dans les dix dernières années (Académie de la transformation numérique, 2020, p. 5). En 2012, selon le *DoubleClick Ad Planner* de Google, un outil qui permet d'identifier les sites web les plus fréquentés pour mieux cibler les intérêts des internautes, ce sont des dizaines de sites pornographiques qui figurent dans le palmarès 500 des sites les plus fréquentés (Anthony, 2012). En 2019, quarante-deux milliards de visites ont été réalisées sur le site *Pornhub*⁶³, soit environ 115 millions de visites par jour. Les occasions qu'ont les enfants de visionner du matériel sexuellement explicite sont beaucoup plus fréquentes aujourd'hui. D'ailleurs, les statistiques parlent d'elles-mêmes : dès l'âge de douze ans, que ce soit de manière volontaire ou involontaire, près d'un enfant sur trois aurait déjà été exposé à de la

62 Plusieurs des études utilisées dans les sous-sections 1.2 à 1.4 proviennent de cette méta-analyse.

63 Voir, pour plus de détails : Pornhub Insights, The 2019 Year in Review, 11 décembre 2019, en ligne : <<https://www.pornhub.com/insights/2019-year-in-review>>.

pornographie⁶⁴. En France, les enfants auraient en moyenne dix ans lorsqu'ils sont confrontés pour la première fois à des images pornographiques (Observation de la Parentalité & de l'Éducation numérique (ci-après OPEN), 2022). En 2017, à la question « quand avez-vous visionné de la pornographie pour la dernière fois », une étude réalisée sur un échantillon de 1005 adolescents français âgés de 15 à 17 ans ont répondu jamais à 36% pour les garçons, et à 61% pour les filles (OPEN, 2017, p. 13). Il y aurait donc de 64% des garçons et 39% des filles qui déclaraient en avoir visionné⁶⁵. De plus, en majorité, ces adolescents considèrent eux-mêmes que cette première expérience était prématurée : 55% des adolescentes et adolescents considèrent qu'ils étaient « trop jeunes » la première fois qu'ils ont visionné de la pornographie (OPEN, 2017, p. 23), et 53% des garçons ont déclaré l'avoir visionné par inadvertance contre 52% des filles (OPEN, 2017, p. 27).

[11] Dans une autre étude menée en 2014, des résultats ont révélé que 80% des jeunes de dix-huit ans pensaient que, de manière générale, il était trop facile pour les adolescents de voir accidentellement de la pornographie en ligne (Parker, 2014). Bien que de nombreux parents reconnaissent que le visionnement de la pornographie sur Internet est fréquent chez les adolescents, la plupart d'entre eux estiment que leur propre enfant, quel que soit son âge ou son sexe, est peu susceptible d'avoir été exposé intentionnellement (Davis, Wright, Curtis, Hellard, Lim & Temple-Smith, 2021, p. 578).

[12] Comme nous le verrons dans les trois sous-titres suivants, visionner de la pornographie comporte des risques pour les personnes mineures. Cela se manifeste à divers degrés selon certains facteurs et modalités. Cela peut d'abord influencer leur développement sexuel, leurs attentes et leurs pratiques en cette matière.

1.2 DES CONSÉQUENCES LIÉES À L'ÉDUCATION DES MINEURS, LEUR REPRÉSENTATION DE LA SEXUALITÉ ET AUX PRATIQUES SEXUELLES IMPRUDENTES

[13] L'exposition à des contenus sexuellement explicites est un facteur important pouvant influencer la sexualité des adolescents (Bale, 2011). Selon une étude française citée précédemment, environ un adolescent sur cinq et une adolescente sur quatre auraient essayé de reproduire des scènes ou des pratiques qu'ils avaient vues dans certains vidéos pornographiques (OPEN, 2017, p. 32). La pornographie offrirait, selon certains experts, une forme de *pauvreté* des représentations psychiques associées à la sexualité (Smaniotto & Gozlan, 2019, p. 223 citée dans Gozlan, 2020, p. 78). Angélique Gozlan, docteure en psychopathologie, psychologue clinicienne, et chercheuse, l'exprime ainsi dans un passage de l'un de ces articles :

C'est le registre du "brut" qui domine, et par son absence d'esthétisme et de créativité, la pornographie aurait ainsi une fonction anti-fantasme (Khan, 1979). Elle enkyste (captive pourrait-on dire) la fantasmagorie

64 Au sujet de cette statistique, voir Gouvernement de France, ministère des Solidarités et de la santé (Cédric O), Exposition des jeunes à la pornographie, Communiqué de presse, le 8 février 2021, en ligne : < <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/exposition-des-jeunes-a-la-pornographie> >.

65 D'ailleurs, il est précisé que la méthode auto-administrée en ligne a été choisie pour l'étude pour son caractère moins intrusif. L'absence d'enquêteur réduit ainsi la tendance des personnes à vouloir se montrer sous leur meilleur jour et répondre la vérité avec une garantie totale d'anonymat (OPEN, 2017, p. 6).

sexuelle de l'adolescent (...). C'est la possibilité même de penser, rêver la sexualité qui est ici annulée, avec le risque de l'agir abruptement dans la réalité, comme c'est le cas dans les violences sexuelles. » (Smaniotto, Gozlan, 2019, p. 222) (cité dans Gozlan, 2020, p. 79).

[14] La pornographie pourrait amener les mineurs à ressentir une forme de détresse ou de bouleversement face au contenu visionné, en particulier pour la catégorie des enfants âgés de neuf à douze ans (Quadara, El-Murr & Latham, 2017, p. 11). Visionner fréquemment du matériel sexuellement explicite peut également avoir un impact sur les attentes et les comportements des hommes durant les rapports sexuels, particulièrement en lien avec l'image qu'il projette d'eux-mêmes et de leurs performances sexuelles, tel que le démontre une étude réalisée sur 487 collégiens aux États-Unis en 2016 :

Results showed the more pornography a man watches, the more likely he was to use it during sex, request particular pornographic exacts of his partner, deliberately conjure images of pornography during sex to maintain arousal, and have concerns over his own sexual performance and body image. Further, higher pornography use was negatively associated with enjoying sexually intimate behaviours with a partner. They conclude that pornography provides a powerful heuristic model that is implicated in men's expectations and behaviours during sexual encounters (Sun & al., 2016).

[15] La pornographie serait aussi associée à des pratiques sexuelles plus permissives (Braun-Courville & Rojas, 2009; Brown & L'Engle, 2009; Morgan, 2011 ; Peter & Valkenburg, 2006a, 2007, 2008b, compilation citée dans Quadara, El-Murr & Latham, 2017, p. 58). Des liens entre le visionnement de matériel pornographique et le fait de vivre des rapports sexuels non désirés ont également été constatés dans la littérature, en particulier chez les filles (Bonino & al., 2006). Dans la prochaine sous-section, nous traiterons d'une autre catégorie de conséquences qui concerne justement les femmes, soit les répercussions qui ont trait à l'image qu'elles projettent, aux stéréotypes qui sont véhiculés et à la violence sexuelle.

1.3 DES CONSÉQUENCES LIÉES À L'IMAGE DES FEMMES, AUX STÉRÉOTYPES ET À LA VIOLENCE

[16] La pornographie révèle une série de conséquences sur l'image de la femme. En effet, les scénarios des films pornographiques se déroulent généralement dans un contexte dans lequel les stéréotypes sur le genre, le sexisme, l'objectivation sexuelle et les attitudes favorables à la violence contre les femmes sont tolérées (Quadara, El-Murr & Latham, 2017). Par exemple, il a été démontré que l'utilisation plus fréquente de la pornographie augmentait la probabilité de percevoir les femmes - et les filles - comme des objets sexuels, c'est-à-dire dont le but premier serait de servir les hommes sexuellement (voir Bogt & al., 2010; Peter & Valkenburg, 2007).

[17] Historiquement, la masculinité hétérosexuelle a été citée comme un élément central de l'ethnographie pornographique, et elle illustrerait également, selon certains auteurs, le lien avec les structures sociales de la société (Löfgren-Mårtenson &

Månsson, 2010, p. 576). Selon une étude de 2011, les garçons rechercheraient davantage de contenus sexuels que les filles, et les différences entre les sexes sont marquées en ce qui concerne les sites pornographiques sur Internet, les films et la télévision (Bleakle & al., 2011).

[18] Des recherches récentes ont permis d'établir des preuves d'une association entre la consommation de pornographie et la perpétration de harcèlement sexuel chez les garçons (Quadara, El-Murr & Latham, 2017). De même, les adolescents qui auraient consommé de la pornographie violente seraient six fois plus susceptibles d'être sexuellement agressifs que ceux qui ont regardé de la pornographie non violente ou qui n'ont pas regardé du tout de pornographie (Quadara, El-Murr & Latham, 2017). L'utilisation de la pornographie a même été identifiée comme un facteur de risque d'agressions sexuelles, principalement pour les hommes qui présentent d'autres facteurs de risque élevé et qui visionnent la pornographie de manière fréquente (Kingston, Malamuth, Fedoroff & Marshall, 2009, p. 216).

[19] En réponse à toutes ces conséquences potentielles sur les droits des femmes, leur image et leur intégrité, des mouvements féministes anti-pornographiques ont d'ailleurs connu un renouveau depuis le début des années 2000 (Boyle, 2000). Finalement, dans la dernière sous-section de cette première partie, nous traiterons des conséquences de la pornographie sur les risques de dépendance et de visionnement compulsif.

1.4 DES CONSÉQUENCES LIÉES AUX RISQUES DE DÉPENDANCE ET À LA CONSOMMATION COMPULSIVE

[20] Dans cette troisième catégorie de conséquences, nous regroupons les risques associés à l'enjeu de la dépendance à la pornographie qui est une question controversée pour les scientifiques (Wéry & Billieux, 2017). Ce n'est sans doute pas tous les utilisateurs qui développent des tendances compulsives dans leur utilisation, mais pour celles et ceux pour qui c'est le cas, cela peut avoir des conséquences importantes dans différentes sphères de la vie au quotidien. Les risques de développer une consommation compulsive, voire une forme de dépendance à la pornographie est tout de même un risque à considérer pour tous les usagers (Quadara, El-Mur & Latham, 2017).

[21] Les utilisateurs compulsifs ne constitueraient pas un groupe homogène, mais comprendraient plutôt différents profils d'utilisateurs (Cooper & al., 1999 ; Nower & Blaszczynski, 2004). Cooper & al., 1999 cité dans Doorwaard & al. 2015, p. 74) ayant d'autres risques psychosociaux⁶⁶ tels que la dépression, l'anxiété et la faible estime de soi (Cooper & al., 1999, 2004 ; Delmonico & Griffin, 2008 ; Grubbs & al., 2015), l'isolement social (Boies & al., 2004 ; Delmonico & Griffin, 2008), la compulsion sexuelle (Cooper & al., 1999, 2004 ; Delmonico & Griffin, 2008 ; Grubbs & al., 2015) et les traits de personnalité antisociaux (Bogaert, 2001 ; Delmonico et Griffin, 2008).

[22] Les garçons qui sont davantage précoces sur le plan de la puberté et qui ont tendance à rechercher des sensations fortes fréquenteraient plus souvent des sites pornographiques (Beyens et al., 2014). La recherche démontre que certains facteurs

66 Cette compilation des facteurs de comorbidité liés à un usage compulsif est citée dans Doorwaard, 2016, p. 74.

psychologiques et certains comportements sexuels adoptés par les garçons pouvaient être impliqués dans le développement d'une utilisation compulsive de la pornographie :

Longitudinally, higher levels of depressive feelings and, again, excessive sexual interest predicted relative increases in compulsive use symptoms six months later. Impulsive and psychopathic personality traits were not uniquely related to boys' symptoms of compulsive use of sexually explicit Internet material. Our findings, while preliminary, suggest that both psychological wellbeing factors and sexual interests/behaviours are involved in the development of compulsive use of sexually explicit Internet material among adolescent boys. Such knowledge is important for prevention and intervention efforts that target the needs of specific problematic users of sexually explicit Internet material (Doornwaard & al., 2016)

[23] En somme, les conséquences de visionner de la pornographie pour les personnes mineures ne sont peut-être pas homogènes, mais les risques révélés par la science nous paraissent suffisamment élevés et préoccupants pour appliquer le principe de précaution et chercher ainsi à limiter l'accès à ce type de contenu aux enfants. Dans la prochaine partie, nous aborderons une stratégie de vérification d'âge en vue d'y arriver.

2. UNE STRATÉGIE À METTRE EN ŒUVRE : VÉRIFIER L'ÂGE DES INTERNAUTES SUR LES SITES PORNOGRAPHIQUES

More than law alone enables legal values, and law alone cannot guarantee them [...] Cyberspace make plain not just how this interaction takes place, but also the urgency of understanding how to affect it (Lessig, 1999, p. 546).

[24] À la section précédente, nous avons présenté brièvement les conséquences du visionnement de la pornographie sur le développement des jeunes de moins de dix-huit ans. Dans la prochaine partie, nous nous intéresserons davantage à la stratégie de vérification de l'âge sur les sites pornographiques. Cette seconde section sera divisée en deux. Dans le premier sous-titre, nous présenterons des initiatives internationales qui proposent la vérification de l'âge des internautes (section 2.1), puis, dans le deuxième sous-titre, nous présenterons la proposition du Sénat canadien (section 2.2). Dans un troisième sous-titre, nous exposerons différentes manières d'opérationnaliser cette stratégie (section 2.3). Finalement, dans une dernière sous-section, nous formulerons différentes pistes de réponses aux critiques formulées à la stratégie de vérification d'âge (section 2.4).

2.1 PORTAIT DE QUELQUES INITIATIVES À TRAVERS LE MONDE SOUTENANT LA STRATÉGIE DE VÉRIFICATION DE L'ÂGE DES INTERNAUTES

[25] Quelques pays s'intéressent à la stratégie de vérification de l'âge pour limiter l'accès des mineurs à la pornographie. Dans ce premier sous-titre, nous présenterons

les initiatives de la France, de la Grande-Bretagne, de l'Allemagne et de l'Australie⁶⁷. D'abord, en territoire français, en principe, l'article 227-24 du *Code pénal* permet de sanctionner les sites qui diffusent des images pornographiques susceptibles d'être vues par un mineur. La peine encourue est alors assez importante :

Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique, y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux, ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans. (*Code pénal*, article 227-24, [Nos soulignements]).

[26] Or, en pratique, il semblerait que cet article du *Code pénal* soit peu appliqué dans l'univers d'Internet : « la justice ne parvenant pas à atteindre les éditeurs de ces sites, souvent basés dans des paradis fiscaux qui ne coopèrent pas avec la France » (Sénat, direction de la séance du 9 juin 2020). L'idée d'agir directement sur l'environnement numérique devient alors importante et rejoint une proposition connue de l'éminent professeur en droit des technologies, Lawrence Lessig, qui défend l'importance de jouer sur le code du cyberspace et d'agir sur ce dernier pour réguler les comportements en ligne (Lessig, p. 546). Autrement dit, il importe d'agir directement sur l'architecture d'Internet pour encadrer son utilisation, et dans notre cas, limiter l'accès des mineurs.

[27] En 2020, dans un amendement, le Sénat français a suggéré l'insertion d'un article pour responsabiliser les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public face à l'accessibilité des contenus pornographiques aux mineurs. La question devait être, à la base, traitée dans un projet de loi de réforme de l'audiovisuel, mais elle a été abordée plutôt au sein de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales :

Lorsqu'il constate qu'une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à des contenus pornographiques en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel adresse à cette personne, par tout moyen propre à en établir la date de réception, une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature

67 Ce portrait n'est pas exhaustif. Notons, par exemple, que nous apprenions récemment qu'en janvier 2023, certains États américains avaient proposé des projets de loi visant à rendre les sites hébergeant des contenus pour adultes responsables de l'obligation de vérification de l'âge. Voir par exemple, en Arkansas, le projet de loi SB66 - To create the protection of minors from distribution of harmful material act; to establish liability for the publication or distribution of material harmful to minors on the Internet; and to require reasonable age verification - en ligne : < <https://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?id=SB66&ddBienniumSession=2023%2F2023R> > ; Voir également pour la Louisiane, le projet de loi 142 (act no. 440), en ligne : < <https://legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=1289498> > qui place clairement une obligation similaire aux mesures proposées dans les juridictions européennes et par le projet de loi S-210 du Sénat canadien : « Any commercial entity that knowingly and intentionally publishes or distributes material harmful to minors on the internet from a website that contains a substantial portion of such material shall be held liable if the entity fails to perform reasonable age verification methods to verify the age of individuals attempting to access the material ».

à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé. La personne destinataire de l'injonction dispose d'un délai de quinze jours pour présenter ses observations.

À l'expiration de ce délai, en cas d'inexécution de l'injonction prévue au premier alinéa du présent article et si le contenu reste accessible aux mineurs, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner, en la forme des référés, que les personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique mettent fin à l'accès à ce service. Le procureur de la République est avisé de la décision du président du tribunal. [Nos soulignements] (Conseil d'État, 5ème - 6ème chambres réunies, 29 novembre 2022, 459941). [Nos soulignements].

[28] Cet amendement du Sénat de France trouve écho à ce qui se passait déjà dans la législation du Royaume-Uni depuis plusieurs années. Les politiciens et législateurs britanniques considèrent que la question de la vérification de l'âge à l'entrée des sites pornographiques est très importante. En septembre 2022, dans une étude française de législation comparée portant sur les conditions d'accès des mineurs à la pornographie (Sénat de France, étude de législation comparée n° 309, 2022), les différentes tentatives d'encadrement par la loi sur l'économie numérique en Angleterre – le *Digital Economy Act* - ont été décrites. L'un des objectifs de la troisième partie du *Digital Economy Act* consiste à limiter l'accès à la pornographie en ligne pour que ceux qui gèrent l'entrée à ces sites mettent en place des « arrangements » afin de s'assurer que les utilisateurs soient majeurs⁶⁸. Le parlement du Royaume-Uni définit le matériel pornographique comme incluant des vidéos qui ont reçu la mention dix-huit ans et plus, et dont il est raisonnable de supposer qu'elle a été produite uniquement ou principalement à des fins d'excitation sexuelle (*Digital Economy Act* 2017, art. 15 (1) (a) à (i))⁶⁹. La partie 3 de la loi britannique consacrée à la question du matériel pornographique ne semblerait cependant pas être en vigueur pour le moment⁷⁰. Selon la presse, le gouvernement aurait renoncé à son application « faute d'avoir trouvé [une] solution technique [satisfaisante] » en ce qui concerne l'obligation de vérifier l'âge des internautes (Le Monde, 10 juin 2020). Dans une publication officielle de la bibliothèque de la Chambre des communes de Londres (House of Commons Library, 18 octobre 2019), John Woodhouse affirmait que la vérification de l'âge en ligne sur les sites pornographiques devait entrer en force le 15 juillet 2019 en vue de protéger les enfants contre les « images pénibles ou irréalistes [de la sexualité] » qu'ils génèrent et qui pourraient nuire à leur développement émotionnel et psychologique (House of

68 La partie 3 de la loi est consacrée à la question de la pornographie en ligne. Il est prévu, concernant les mineurs, à l'article 14 : « Internet pornography: requirement to prevent access by persons under 18 (1) A person contravenes this subsection if the person makes pornographic material available on the internet to persons in the United Kingdom on a commercial basis other than in a way that secures that, at any given time, the material is not normally accessible by persons under the age of 18. (2) The Secretary of State may make regulations specifying, for the purposes of this Part, circumstances in which material is or is not to be regarded as made available on a commercial basis. (3) The regulations may, among other things, prescribe circumstances in which material made available free of charge is or is not to be regarded as made available on a commercial basis. (4) Regulations under subsection (2) may provide for circumstances to be treated as existing where it is reasonable to assume that they exist. [...] Digital Economy Act 2017, UK Public General Acts, 2017 c. 30 ».

69 À noter que le « matériel pornographique extrême » - extreme pornographic material – est exclu ((Digital Economy Act 2017, art. 15 (1) ab initio.

70 En effet, cette partie serait toujours au stade de la seconde lecture, UK Parliament, House of Lords : < <https://bills.parliament.uk/bills/2570> >. Voir également, sur le site du parlement, un article du mois de janvier 2022 qui confirme que plusieurs des amendements de la troisième partie du Digital Economy Act 2017 n'étaient pas entrés en force : Digital Economy Act 2017 (Commencement of Part 3) Bill, en ligne : < <https://lordslibrary.parliament.uk/digital-economy-act-2017-commencement-of-part-3-bill-hl/> >.

Commons Library, 18 octobre 2019), mais la partie 3 paraît toujours au stade de la seconde lecture (voir note 14). Malgré des critiques au *Digital Economy Act 2017*, la secrétaire d'État du département du numérique, de la culture, des médias et du sport, Nicky Morgan, se prononça ainsi dans une déclaration officielle du 16 octobre 2019 :

The government's commitment to protecting children online is unwavering. Adult content is too easily accessed online and more needs to be done to protect children from harm. We want to deliver the most comprehensive approach to keeping children safe online and recognised in the Online Harms White Paper the role that technology can play in keeping all users, particularly children, safe. We are committed to the UK becoming a world-leader in the development of online safety technology and to ensure companies of all sizes have access to, and adopt, innovative solutions to improve the safety of their users. This includes age verification tools and we expect them to continue to play a key role in protecting children online (Nicky Morgan, UK Parliament, 2019). [Nos soulignements].

[29] L'Allemagne prévoirait également des restrictions à l'entrée des sites Internet pornographiques pour les mineurs. Sur le site du *Media Authority of North Rhine - Westphalia* – un organe responsable de la protection de la dignité humaine, des mineurs, des utilisateurs de médias et de la pluralité des médias privés dans le Rhine-Westphalia – on indique que bien qu'il soit légal de faire circuler des images sexuellement explicites sur Internet, ces dernières ne doivent pas être librement accessibles (*The Media Authority of North-Rhine-Westphalia*, 2022). Des systèmes de vérification de l'âge (systèmes AV) doivent être utilisés pour s'assurer de l'identification et de l'authentification de chaque internaute (*The Media Authority of North-Rhine-Westphalia*, 2022).

[30] Finalement, l'Australie, par son projet de loi *Online Safety Bill 2021*, ne semble pas prévoir un système de vérification de l'âge au sens strict, mais certaines dispositions sur le matériel considéré comme étant réservé aux adultes viseraient à défendre des « systèmes d'accès restreint »⁷¹. Depuis juin 2021, l'organisme *eSafety Commissioner* mène certaines recherches et consulte plusieurs parties prenantes afin de déterminer si un mécanisme obligatoire de vérification de l'âge sur les sites pornographiques est nécessaire, et, le cas échéant, comment celui-ci pourrait être mis en place en Australie (*eSafety Commissioner*, en ligne, 2023). L'organisme *eSafety Commissioner* (ci-après « eSafety ») se présente comme la première agence gouvernementale au monde dédiée entièrement à la sécurité des personnes et des enfants en ligne (*eSafety*, 2022). Dans leur champ d'action, l'organisme se préoccupe, entre autres, des enjeux qui touchent le matériel pornographique accessible aux enfants (*eSafety*, 2022). Récemment, en janvier 2023, un rapport de l'organisme a été publié sous le titre : *Age verification roadmap consultations: Cross-sector workshop*. L'idée derrière ces ateliers était de récolter les points de vue et les perceptions de différents acteurs provenant, entre autres, du monde universitaire, de l'industrie pornographique, de groupes de défense des droits des enfants, des experts en matière de droit des technologies et en protection de la vie privée, des autorités éducatives, des fournisseurs d'Internet et de

71 Voir à ce propos, Parliament of Australia, *Online Safety Bill 2021*, en ligne : <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=r6680>.

plateformes numériques (*eSafety*, Workshop, p. 3). Ce rapport aura permis, entre autres, « de faire avancer la réflexion pour envisager des mesures proportionnées [visant à] réduire les risques et les dommages liés à l'accès des mineurs à la pornographie » (*eSafety*, Workshop, p. 4).

[31] Dans une conférence académique que nous avons organisée le 25 janvier 2022 avec le Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant (LRIDE)⁷², la sénatrice Julie Miville-Dechênes, initiatrice du projet de loi S-210, était l'une de nos panélistes. La question des droits des enfants dans l'environnement numérique fut le thème de cette rencontre. La sénatrice s'est alors exprimée au sujet de son projet de loi en le présentant d'abord, et elle a ensuite énuméré, en appui à son initiative, les exemples de la France, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Australie dont nous venons de faire mention. Elle a affirmé qu'elle n'était pas la « seule idéaliste à s'attaquer à l'industrie très payante de la porno qui n'a [toujours pas] réussi à s'autoréglementer » en vue de protéger les mineurs (LRIDE, 25 janvier 2022). La prochaine sous-section visera à présenter les principales avancées proposées par le projet de loi de la sénatrice.

2.2 PRÉSENTATION DE LA PROPOSITION CANADIENNE PAR LE PROJET DE LOI S-210

[32] En septembre 2021, la division des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat du Canada a déposé le projet de loi S-210 intitulé Loi limitant l'accès en ligne des jeunes au matériel sexuellement explicite, initié par la sénatrice indépendante Julie Miville-Dechêne. Le projet de loi vise principalement trois objectifs⁷³. D'abord, « protéger la santé mentale des jeunes » en cherchant à limiter leur accès à du matériel sexuellement explicite dont le contenu peut avoir des conséquences néfastes sur leur développement (Article 4 (a) ; revoir partie 1 pour une proposition de synthèse des conséquences). Ensuite, le projet de loi cherche à protéger les canadiens, « en particulier les jeunes et les femmes, contre les répercussions néfastes de l'exposition [à] du matériel sexuellement explicite » considérant, entre autres, la prévalence des stéréotypes de genre et l'objectivation du corps de la femme dans cette industrie (Article 4 (b) ; revoir la section 1.3). Finalement, le dernier objectif du projet de loi est de « dissuader toute organisation qui rend accessible du matériel pornographique sur Internet à des fins commerciales de permettre à des jeunes [d'y] accéder » en codifiant, entre autres, la possibilité que ceux-ci reçoivent un avis en cas de non-conformité (Article 4 (c) ; Article 5). Le projet de loi en est actuellement à sa troisième lecture devant le Sénat canadien (Sénat du Canada, 44^e législature, 1^{ère} session, 2023). Le 1^{er} décembre 2022 lors d'une séance présidée par l'honorable George J. Furey, les sénateurs ont adopté une motion visant à l'adoption du huitième rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles qui avait été présenté le 15 novembre 2022 (Sénat du Canada, 2022).

⁷² *Infra*, note 60.

⁷³ Loi limitant l'accès en ligne des jeunes au matériel sexuellement explicite, projet de loi S-210 (première lecture le 24 novembre 2021 - En cours d'examen en comité), 1^{ère} sess., 44^e lég., (Can), article 4, par. (a), (b) et (c)

[33] Afin bien cerner les objectifs du projet de loi, il faut rappeler d'abord qu'en droit canadien, l'article 171. 1 du *Code criminel* consacre déjà une infraction, contrairement au projet de loi S-210⁷⁴, au fait de rendre accessible, distribuer ou vendre du matériel sexuellement explicite à un mineur :

171.1 (1) Commet une infraction quiconque transmet, rend accessible, distribue ou vend du matériel sexuellement explicite :

a) à une personne âgée de moins de dix-huit ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée au paragraphe [...]

b) à une personne âgée de moins de seize ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée aux articles [...]

c) à une personne âgée de moins de quatorze ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée à [...].

(4) Le fait pour l'accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1) a), b) ou c) était âgée d'au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur l'alinéa applicable que s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la personne.

(5) Au paragraphe (1), matériel sexuellement explicite s'entend du matériel ci-après non visé par la définition de pornographie juvénile au paragraphe 163.1(1) :

a) toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des seins, des organes génitaux ou de la région anale d'une personne;

b) tout écrit dont la caractéristique dominante est la description, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle explicite avec une personne;

c) tout enregistrement sonore dont la caractéristique dominante est la description, la présentation ou la simulation, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle explicite avec une personne.

74 L'article 171.1 parle de rendre accessible du matériel explicite « en vue de » de commettre certaines infractions. Le projet de loi S-210 vient en quelque sorte créer une nouvelle infraction criminelle, en dehors du Code criminel, qui a pour effet d'interdire aux organisations (et non aux individus) de rendre accessible du matériel pornographique à des fins commerciales aux mineurs. L'intention est de cibler les sites pornographiques, tel que précisé dans le préambule du projet de loi.

[34] L'aspect novateur du projet de loi S-210 par rapport au droit existant n'est donc pas de déclarer qu'il est illégal de rendre accessible du contenu pornographique à des enfants et à des adolescents. Ce n'est pas non plus de définir ce qu'est du matériel sexuellement explicite. La mesure phrase est celle de codifier une obligation efficace de vérification d'âge et de punir les organisations qui rendent accessible du matériel sexuellement explicite à une personne mineure :

Article 5 : Toute organisation qui rend accessible à un jeune du matériel sexuellement explicite sur Internet à des fins commerciales est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible :

- a) pour une première infraction, d'une amende maximale de 250 000 \$;
- b) en cas de récidive, d'une amende maximale de 500 000 \$.

Article 6 (1) : Le fait pour l'organisation de croire que le jeune visé à l'article 5 était âgé d'au moins dix-huit ans ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur cet article que si elle a mis en place un mécanisme de vérification de l'âge prévu par règlement afin de limiter à des individus âgés d'au moins dix-huit ans l'accès au matériel sexuellement explicite rendu accessible à des fins commerciales.

[35] De plus, en vertu de l'article 9 (4) du projet de loi, la Cour fédérale peut ordonner à tout fournisseur de services Internet d'empêcher que du matériel sexuellement explicite soit rendu accessible aux personnes mineures selon différents critères cumulatifs qui sont décrits à cet article. Cette proposition législative est donc novatrice par rapport au droit existant, et nous croyons qu'elle est nécessaire pour rendre effectif l'article 171.1 du *Code criminel* dans l'univers du cyberspace. Comme l'a exprimé la sénatrice Miville-Dechéne lors de l'examen du projet de loi en comité, celui-ci permettra simplement de limiter l'accès à des contenus qui sont destinés et réservés à des personnes majeures conformément à ce qui se passe dans le monde non virtuel :

Le projet de loi S-210 est assez simple. Il oblige les entreprises qui diffusent de la pornographie sur Internet à mettre en place un mécanisme de vérification de l'âge. Les organisations contrevenantes sont passibles d'une amende et s'exposent à une ordonnance de blocage au Canada. [...]

Ce n'est pas une loi qui censure des contenus ou qui limite la liberté d'expression. Il s'agit simplement de répliquer, sur Internet, les règles du monde réel quant à la distribution de matériel pornographique aux mineurs. Pour les plus de 18 ans, la loi ne changerait rien. Tous les contenus légaux resteraient disponibles.

Ce n'est pas non plus une loi qui donne des pouvoirs de censure arbitraire au gouvernement. La loi identifie une règle simple, claire et précise : elle oblige les organisations qui diffusent du matériel pornographique à mettre en place un vrai mécanisme de vérification de l'âge

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles (délibérations), Julie Miville-Dechéne, séance du 9 février 2022).

[36] Le projet de loi S-210 adresse donc une problématique préoccupante sur Internet, et propose, comme plusieurs autres juridictions à travers le monde, des moyens concrets et proportionnels pour y répondre. Il s'agit d'agir directement sur le cyberspace en proposant une stratégie de vérification de l'âge permettant une barrière technique à l'entrée des sites aux mineurs. Cependant, le projet de loi demeure silencieux sur la meilleure manière de mettre en œuvre cette stratégie. La prochaine sous-section regroupera différentes façons d'y arriver.

2.3 DIFFÉRENTES MANIÈRES D'OPÉRATIONNALISER CETTE MÊME STRATÉGIE

[37] Notre article ne prétend pas répondre à la bonne manière d'opérationnaliser la vérification de l'âge des internautes, mais se limite à défendre la nécessité de rendre cette mesure obligatoire sur le plan juridique. Or, il paraît opportun, dans cette courte section, de traiter du déploiement technique de cette stratégie. Comme l'a exprimé l'organisme australien *eSafety* en 2022 : « a one-size-fits all technological solution would not be effective. Technological requirements should be proportionate and based on risk » (*eSafety*, 2022). Sur la question de savoir comment opérer la vérification de l'âge, Tim Bouma, directeur de la vérification et évaluations chez *CIO Strategy council*, exprime qu'il existerait environ une dizaine de méthodes différentes qui permettent de faire ces vérifications de manière fiable sur Internet (Bouma, 2022). Ce spécialiste a affirmé, en rencontre avec le Sénat canadien le 2 mars 2022, des réserves sur certains des moyens technologies eurent égard à la sécurité et la confidentialité des données :

Il existe un grand nombre de technologies de vérification de l'âge. C'est un marché très innovant et très actif. Un rapport a recensé 10 méthodes différentes. La plus simple est l'autodéclaration, pour laquelle vous saisissez votre date de naissance ou votre âge, ce qui n'offre aucune garantie. D'autres méthodes consistent à fournir des renseignements d'identité, qui peuvent être des identificateurs physiques comme un numéro d'identité, et à les comparer aux bases de données publiques pour confirmer votre âge. Il existe ensuite d'autres techniques comme la biométrie, qui s'apparente à la reconnaissance faciale, mais qui détermine votre âge en analysant votre visage. Il existe également des technologies de profilage et d'inférence, l'intelligence artificielle, les tests d'aptitudes — qui consistent à vérifier si la personne possède effectivement les aptitudes acquises à un certain âge; l'authentification par association de comptes — la personne peut s'être authentifiée sur un autre compte qui a recueilli des renseignements personnels pouvant être partagés; les tiers qui fournissent ces services; [...] Il existe ensuite d'autres techniques qui ne consistent pas tant à vérifier l'âge qu'à contrôler l'accès à la source, comme le contrôle du dispositif, du réseau, et cetera. Il existe donc un grand nombre de contrôles techniques qui pourraient être qualifiés de vérifications de l'âge. [Nos soulignements].

[38] La plus simple des méthodes, selon Tim Bouma, est donc la déclaration personnelle de l'âge, soit une simple saisie d'une date de naissance, mais elle offre peu

de garanties de véracité de la part du déclarant. Certaines méthodes sont plus invasives que d'autres, par exemple les techniques de biométrie et de reconnaissance faciale ou digitale, et certaines sont plus performantes ou plus accessibles (Renaissance numérique, voir le tableau de la p. 29). L'organisme *eSafety* propose trois autres catégories de solutions : « tokens or licences, third party verification, government e-ID systems » (*eSafety*, 2022). En ce qui concerne la proposition de vérification par des tiers, sur le site Internet d'*AgeID* par exemple, on peut lire l'énoncé suivant : « AgeID fournit aux sites Web soumis à une limite d'âge une solution simple et sécurisée de vérification de l'âge en temps réel » [traduction libre] (*AgeID*, 2022). Il existerait d'autres entreprises tierces du même genre. Certains sites pornographiques utiliseraient déjà, par exemple, les sites *Yoti* (*Yoti*, 2022) et *Bluecheck* (*Bluecheck*, 2022). Le fait de passer par un tiers pourrait, selon les modalités, empêcher le site pornographique de rattacher des données personnelles en sa possession à l'identité de la personne (Renaissance numérique, 2022, p. 30). Ce serait le cas pour l'entreprise *Yoti* dont nous venons de faire mention, qui procède par analyse faciale sans données personnelles directement identifiantes (Renaissance numérique, 2022, p. 31-32). Des marges d'erreur sont cependant possibles et cette technologie demeure intrusive.

[39] En somme, la technologie est aujourd'hui beaucoup plus développée pour offrir des solutions pour vérifier l'âge des internautes. Rappelons que selon les experts, vérifier l'âge d'une personne ne consiste pas nécessairement à vérifier son identité en ligne (Renaissance numérique, 2022, p. 35). Or, certaines mesures de vérification peuvent tout de même faire craindre une diminution des libertés individuelles et des droits des internautes en ligne (selon l'Inspection générale des finances et Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, cité dans Renaissance numérique, p. 35). Le choix d'une méthode sera fait en fonction de son efficacité et surtout, de sa capacité à respecter aussi la protection des données personnelles des utilisateurs, et la liberté d'expression.

[40] En Allemagne, par exemple, on demande aux hébergeurs de sites pornographiques d'exiger « une identification unique de l'utilisateur par un contact personnel, une identification vidéo ou une identification par comparaison automatique de données biométriques » (*The Media Authority of North Rhine-Westphalia*, 2023). À une seconde étape, les internautes qui tentent d'accéder à du contenu pornographique doivent se soumettre à une authentification à toutes les utilisations individuelles (*The Media Authority of North Rhine-Westphalia*, 2023). Celle-ci sert à garantir que seule la personne qui a été identifiée et dont l'âge a été vérifié accède au site, empêchant ainsi le transfert de l'autorisation d'accès à des tiers qui ne seraient pas autorisés - et donc potentiellement à des personnes mineures (*The Media Authority of North Rhine-Westphalia*, 2023).

[41] Notre compréhension des différentes propositions faites sur la vérification d'âge dans les juridictions à l'échelle mondiale est que, malgré quelques variations d'une proposition à l'autre, on chercherait surtout à contraindre directement ceux qui diffusent de la pornographie en ligne aux mineurs à opérer une vérification. En cas de manquement à cette obligation, une ordonnance de non-conformité pourrait être émise moyennant un délai pour s'y conformer. Si, par la suite, le site en question ne se soumet pas à la mesure, l'accès au site en territoire local (canadien ou québécois dans

notre cas, dans le respect des compétences des provinces) serait bloqué par les fournisseurs Internet. Au Canada, une légère ambiguïté semble demeurer dans la définition exacte du terme organisation défini à l'article 2 du projet de loi S-210 : est-ce que cette obligation vise aussi les moteurs de recherche de sites pornographiques, ou seulement le site pornographique en question⁷⁵ ? Les organisations qui semblent principalement visées sont les sites Internet qui diffusent du matériel pornographique. Ce sont elles qui devront opérer la vérification d'âge en vue d'empêcher l'accès à leur site⁷⁶. Pour ce qui est des moteurs de recherche plus généraux comme *Google*, il serait évidemment exagéré et trop étendu d'imposer une vérification d'âge pour toutes les personnes qui utilisent Google. Il en va de même pour les médias sociaux ou les autres moteurs de recherche accessibles et utilisés par le grand public. Or, ces géants du Web peuvent tout de même agir dans l'équation, par exemple, en opérant une stratégie de déréférencement des sites problématiques. Cette position rejoint d'ailleurs celle de l'organisme eSafety pour qui tous les acteurs du Web qui présentent un risque d'exposer des mineurs à la pornographie devraient prendre des mesures pour empêcher que cela arrive, que ce soit par la mise en place d'un système de vérification d'âge, par le pouvoir de bloquer des accès en cas de manquement au respect de cette obligation ou par le déréférencement, le cas échéant (*eSafety*, 2022).

[42] En France, ce sera le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique qui va adresser une injonction au site problématique de se mettre en conformité avec la loi (*Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales (1)*, article 23). Ensuite, à l'expiration d'un certain délai, si le site ne se conforme pas à l'injonction du président de l'Autorité de régulation, ce dernier pourra saisir le président du tribunal judiciaire de Paris afin qu'il fasse une ordonnance aux opérateurs de rendre impossible l'accès à ces sites fautifs, et empêcher que ces derniers puissent être consultés depuis la France (*Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales (1)*, article 23). Le Décret n° 2021-1306 du 7 octobre 2021 relatif aux modalités de mise œuvre des mesures visant à protéger les mineurs contre l'accès à des sites diffusant un contenu pornographique est venu offrir quelques précisions supplémentaires à cette procédure :

[...] si la personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du conseil supérieur de l'audiovisuel tient compte du niveau de fiabilité du procédé technique mis en place par cette personne afin de s'assurer que les utilisateurs souhaitant accéder au service sont majeurs.

Le conseil supérieur de l'audiovisuel peut adopter des lignes directrices concernant la fiabilité des procédés techniques permettant de s'assurer que les utilisateurs souhaitant accéder à un contenu pornographique

⁷⁵ Nous avons consulté l'article 2 du *Code criminel* auquel renvoie l'article 2 du projet de loi S-210, et celui-ci ne résout pas la question qui nous intéresse puisque le terme organisation y est défini largement, selon le cas : personne morale, société, compagnie, société de personnes, entreprise, syndicat professionnel ou municipalité, ou une association de personnes qui, à la fois : (i) est formée en vue d'atteindre un but commun ; (ii) est dotée d'une structure organisationnelle ; (iii) se présente au public comme une association de personnes.

⁷⁶ En cas de non-conformité, un organisme à désigner peut, en vertu de l'article 7 du projet de loi, envoyer un avis. Ensuite, si le site ne se conforme pas, la Cour fédérale pourrait imposer une ordonnance de blocage au fournisseur de service Internet. Un moyen de défense pour le site visé est prévu à l'article 8.

d'un service de communication au public en ligne sont majeurs.
(Décret n° 2021-1306 du 7 octobre 2021, art. 3). [Nos soulignements].

[43] Comme mentionné dans la présente section, sur le plan de son déploiement, cette mesure peut présenter des risques, et elle a reçu certaines critiques qui ont retenu l'attention. La prochaine sous-section tentera d'apporter quelques pistes de réponses à ces critiques.

2.4 DES RÉPONSES AUX CRITIQUES FORMULÉES À LA STRATÉGIE DE VÉRIFICATION DE L'ÂGE

[44] Cette prochaine section s'intéressera donc aux reproches formulés à la stratégie de vérification de l'âge des internautes. Comme il ressort du résumé du document du parlement de la Grande-Bretagne, cette technologie *AV* (*age verification*) a bien été accueillie par les organisations qui œuvrent en protection de l'enfance, mais des critiques et des inquiétudes ont été soulevées entre autres, concernant la sécurité des données collectées, la liberté d'expression des internautes et les risques de contournement de la mesure par l'utilisation de réseaux privés virtuels (*VPN*) ou ce qui est communément appelé le *dark web* (*Housse of Commons Library, Woodhouse, 2019, p. 3*).

[45] Cette quatrième sous-section sera divisée en quatre temps. Dans un premier temps, nous discuterons de la vérification de l'âge et de la liberté d'expression (section 2.4.1). Puis, dans un deuxième temps, nous aborderons les enjeux soulevés par cette mesure sur le plan de la vie privée des internautes (section 2.4.2). La troisième critique à laquelle nous proposerons des éléments de réponse concerne le caractère arbitraire de l'âge et l'autonomie de l'enfant (section 2.4.3). Finalement, nous aborderons l'épineuse question de la territorialité, un enjeu difficile à éviter lorsqu'on s'intéresse à encadrer ou limiter des comportements dans le monde virtuel (section 2.3.4).

2.4.1 LA VÉRIFICATION DE L'ÂGE SUR INTERNET ET LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

[46] La liberté d'expression tient « un rôle essentiel et inestimable dans notre société » (*Gilles E. Néron Communication M. Inc. c. Chambre des notaires du Québec, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 48*). En 1938, dans le Renvoi relatif aux lois de l'Alberta (*Re Alberta Statute [1938] R.C.S. 100*), son caractère fondamental avait déjà été reconnu par la Cour suprême du Canada. Quelques décennies plus tard, le juge McIntyre avait rappelé, en 1986, que ce n'est pas la Charte canadienne qui a créé la liberté d'expression : « la liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la Charte. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions [...] » (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 12*). Sa codification dans des textes constitutionnels aura permis de renforcer la protection juridique qui lui est consacrée, soit à l'article 3 de la *Charte québécoise* et à l'article 2 (b) de la *Charte canadienne*. Le projet de loi S-210 et les autres initiatives mentionnées en introduction ne visent pas à prohiber la pornographie, mais à en limiter l'accès, en équilibre avec certains impératifs constitutionnels dont la liberté d'expression fait partie. Au cœur même d'une législation s'intéressant à la pornographie en droit se retrouve l'équilibre à conserver entre la liberté d'expression des entreprises - et de celles et ceux qui naviguent sur Internet - et la protection des personnes mineures. On

reconnait le caractère vulnérable des enfants dans l'industrie pornographique, et l'importance de les protéger de cette dernière. Éviter la souffrance infantile est ainsi, pour la Cour Suprême du Canada, un but universel acceptable (*R. c. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, par. 73). L'arrêt *Sharp* reconnaît la codification de quelques exceptions à l'interdiction de pornographie juvénile entre autres pour le matériel ayant un « but éducatif, scientifique ou médical ayant servi le bien public et à l'égard de l'écrit ou de la représentation qui a une « valeur artistique » » (*R. c. Sharpe*, par. 57 et par. 61 et ss.). Bien que cet arrêt concerne l'interdiction de la pornographie juvénile, un enjeu distinct de celui de notre article qui se penche sur la problématique de l'accès à du matériel sexuellement explicite par les mineurs, la décision fait bien ressortir l'idée d'équilibre, soit qu'il serait trop attentatoire à la liberté d'expression d'interdire purement et simplement la création de contenu pornographique entre adultes. Les juges de la Cour Suprême du Canada placent même quelques exceptions à l'interdiction de pornographie mettant en scène des personnes mineures. En ce sens, l'arrêt révèle l'importance de la balance à opérer entre deux droits fondamentaux qui s'opposent. Dans cette même idée, le célèbre arrêt *Irwin Toy* de la Cour Suprême du Canada de 1989 s'intéressait à la constitutionnalité d'une loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize dans le but de protéger les enfants. Pour la Cour, l'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est déclaré conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, soit de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). La Cour souligne que les enfants n'ont pas les capacités des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité et qu'il est donc nécessaire d'empêcher les annonceurs d'exploiter la crédulité des enfants (*Irwin Toy Ltd. c. Québec*, résumé). La question de l'équilibre rationnel à trouver entre la liberté d'expression et la protection d'un groupe vulnérable, en l'occurrence des enfants, est aussi au cœur du litige :

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes, mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, sous le titre (ii) L'atteinte minimale au droit ou à la liberté).

[47] Bien que l'arrêt *Sharp* et l'arrêt *Irwin Toy* ne s'intéressent pas à la question de l'accès des mineurs à du contenu sexuellement explicite destiné aux adultes, ces deux décisions font ressortir l'idée d'un équilibre à atteindre entre la liberté d'expression et la protection du développement et de la santé psychologique des enfants. Vérifier l'âge des internautes avant d'entrer sur des sites pornographiques est une mesure qui porte atteinte à la liberté d'expression des diffuseurs de contenus ainsi que de ceux et celles qui naviguent sur Internet. Lorsqu'une règle de droit restreint les droits et libertés des canadiens, l'État se doit de justifier, *par prépondérance des probabilités*, le caractère raisonnable de la règle de droit (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). Un test en quelques étapes permet au tribunal d'établir si l'atteinte aux droits provoquée par la règle de droit est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique (*R. c. Oakes*). Sous réserve de ce que prononcerait la Cour Suprême du Canada face un recours en

inconstitutionnalité du projet de loi S-210, il nous semble que cette mesure répond à un objectif social urgent et réel qui a été décrit à la section 1 de notre article, et donc, aux critères de l'étape 1 de l'arrêt *Oakes*. La mesure de vérification d'âge paraît rationnelle avec l'objectif de protéger le développement des mineurs (étape 2 de l'arrêt *Oakes*). Il nous semble aussi que cette mesure porte atteinte le moins possible, de manière proportionnelle, à l'objectif et dans tous les cas, les effets positifs de la mesure de vérification de l'âge semblent compenser - à la lumière des échanges en comité sénatorial et de la littérature qui supporte notre thèse - les effets négatifs de cette atteinte à la liberté d'expression (étape 3 de l'arrêt *Oakes*).

[48] Récemment, en janvier 2023, en France, la Cour de cassation s'est vue refuser la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité posée par des sites pornographiques dans le contexte d'un litige avec l'ARCOM à propos de mesures de blocage des sites problématiques (Daloz, 2023). Dans le jugement, la Cour de cassation confirme la proportionnalité de la mesure eut égard à la liberté d'expression :

En second lieu, l'atteinte portée à la liberté d'expression, en imposant de recourir à un dispositif de vérification de l'âge de la personne accédant à un contenu pornographique, autre qu'une simple déclaration de majorité, est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de protection des mineurs (Cour de cassation - Première chambre civile — 5 janvier 2023 - n° 22-40.017)

Tout semble croire, selon nous, que l'atteinte à la liberté d'expression qui résulte de la mesure de vérification de l'âge serait jugée raisonnable et justifiée au Canada. Dans la prochaine sous-section, nous traiterons de l'atteinte de cette mesure à un autre droit constitutionnellement protégé, soit le droit à la vie privée.

2.4.2 LA VÉRIFICATION DE L'ÂGE SUR INTERNET ET LA VIE PRIVÉE

[49] L'un des autres principaux risques de la vérification de l'âge sur les droits fondamentaux des individus est bien sûr les craintes relatives à la cybersurveillance et l'atteinte à la vie privée des personnes qui fréquentent ces sites. *Renaissance numérique* est une organisation qui réunit une diversité d'acteurs aux expertises et aux expériences multiples dans le domaine du numérique (universitaires, organisations non gouvernementales, entreprises, etc.) (Renaissance numérique, 2022). Cette organisation a récemment proposé, dans un document publié en ligne, d'explorer « les sources de dysfonctionnements du contrôle de l'âge » et les « voies d'amélioration pour le rendre plus effectif, et plus globalement, bâtir une politique de l'enfance en ligne respectueuse de l'équilibre entre les droits et libertés fondamentaux des internautes » (Renaissance numérique, en ligne, 2022). Dans la seconde partie de ce rapport, un sous-titre complet expose l'importance de trouver l'équilibre entre la protection des mineurs et la vie privée (Renaissance numérique, en ligne, 2022, p. 28) :

Dans le choix de l'une ou l'autre des solutions (autodéclaration, déclaration, vérification ou estimation de l'âge), tout l'enjeu réside dans un arbitrage au regard de la vie privée, entre d'une part la nécessité de vérifier l'âge des internautes afin de pouvoir garantir certains de leurs droits de la manière la plus

appropriée, et d'autre part la minimisation des données récoltées et traitées pour ce faire (Renaissance numérique, 2022, p. 32).

[50] En ce sens, nous pensons qu'il importe de prescrire des standards, dans un règlement qui complète la loi, pour s'assurer d'une technologie non invasive, respectueuse de la vie privée et par extension, de la liberté d'expression. Le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada s'est d'ailleurs prononcé sur le projet de loi S-210. Il est venu à soumettre les conseils suivants concernant la protection des renseignements personnels associés aux méthodes de vérification de l'âge : veiller à ce que la collecte et l'utilisation des renseignements personnels se limitent à ce qui est « nécessaire et proportionnel pour vérifier l'âge », « protéger les enfants et leurs renseignements personnels tout en protégeant les choix sexuels privés des adultes » et mesurer l'efficacité de la mesure de vérification d'âge par rapport à « l'atteinte à la vie privée » (Commissariat à la protection de la vie privée au Canada, 2021). Une surveillance indue et mal encadrée du gouvernement risquerait de faire craindre à une perte de liberté individuelle et de vie privée.

[51] Un site comme *AgeID*, mentionné à la section précédente, prétend d'ailleurs – de son propre aveu - réaliser un « contrôle [de l'âge] sans failles » (*AgeID*, 2022), avec un minimum de données, sans la nécessité de « répéter la vérification pour les clients ». Cela nous paraît présenter tout de même une faille potentielle dans son application dans le cas où, par exemple, un parent aurait réussi l'étape de la vérification de l'âge pour accéder à un site pornographique et qu'ensuite, un mineur décidait de prendre ce même appareil sans avoir à entrer son âge de nouveau, ce qui rendrait la mesure inefficace. Le système biométrique ou digital permettrait en bonne partie de contourner cet obstacle, mais présente d'autres types de risques sur la vie privée.

[52] Le 2 novembre 2022, le Comité sénatorial qui examine le projet de loi S-210 s'est réuni afin de discuter de certaines modifications avant de les présenter au Sénat le 15 novembre 2022. La motion fut adoptée ensuite le 1^{er} décembre 2022. Parmi les amendements proposés, l'une d'entre elles concerne précisément la protection de la vie privée des internautes. Il s'agit de l'article 11 auquel l'honorable sénatrice Miville-Dechêne a proposé d'ajouter les modifications suivantes :

(2) Avant de prévoir un mécanisme de vérification de l'âge en vertu du paragraphe (1), le gouverneur en conseil examine si le mécanisme :

a) est fiable; b) assure le respect de la vie privée des utilisateurs et protège leurs renseignements personnels ; c) recueille et utilise des renseignements personnels à des fins de vérification de l'âge seulement, à moins que la loi ne prévoie d'autres fins ; d) détruit tout renseignement personnel recueilli à des fins de vérification de l'âge, une fois la vérification terminée ; e) respecte généralement les pratiques exemplaires dans les domaines de la vérification de l'âge et de la protection de la vie privée. [Nos soulignements].

[53] La protection de la vie privée fait donc partie dorénavant des préoccupations libellées dans l'actuelle mouture du projet de loi. Sur le plan technique du déploiement de la stratégie de vérification de l'âge, tel que mentionné dans la section 2.3, le fait de

passer par un organisme tiers semble une méthode intéressante permettant la proportionnalité requise pour porter atteinte de la manière la moins attentatoire (*R. c. Oakes*, 1985) à la vie privée. Comme le souligne la Commission Nationale de l'informatique et des libertés (la CNIL), le 3 juin 2021, cette stratégie pourrait mobiliser ce que l'on appelle le mécanisme du double anonymat :

La Commission relève la difficulté de concilier les principes relatifs à la protection des données à caractère personnel avec tout mécanisme de contrôle de l'âge des mineurs [...]. Elle estime préférable le recours à des dispositifs consistant en la fourniture d'une preuve de la majorité d'âge. Ces services pourraient par exemple reposer sur un organisme tiers de confiance qui devraient intégrer un mécanisme de double anonymat empêchant, d'une part, le tiers de confiance d'identifier le site ou l'application à l'origine d'une demande de vérification et, d'autre part, faisant obstacle à la transmission de données identifiantes relatives à l'utilisateur au site ou à l'application proposant des contenus pornographiques. [Nos soulignements].

[54] Encore une fois, l'équilibre à atteindre entre la protection des enfants et le droit fondamental que constitue le respect de la vie privée des personnes est au cœur des discussions entourant cette mesure. Il semble que par des précisions comme celles précédemment reproduites dans le projet de loi S-210 et des réflexions comme celles proposées par la CNIL et le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, cet équilibre pourra être atteint. La prochaine sous-section s'intéressera maintenant à un autre enjeu qui a été soulevé dans les échanges entourant la stratégie de vérification de l'âge, soit le caractère arbitraire de cet âge et l'autonomie de l'enfant.

2.4.3 LE CARACTÈRE ARBITRAIRE DE L'ÂGE ET L'AUTONOMIE DE L'ENFANT

[55] Parmi les autres critiques à formuler face à cette mesure de vérification de l'âge, nous pourrions reprocher un certain illogisme de restreindre l'accès à la pornographie aux moins de dix-huit ans alors que le consentement sexuel est situé à seize ans au Canada⁷⁷. Cette critique est d'ailleurs ressortie des échanges en comité sénatorial en février 2022, ce à quoi la Sénatrice Miville-Dechéne a répliqué la réponse suivante :

Ma réponse à cet égard sera relativement facile. Comme vous le savez, dans le monde non virtuel, la pornographie est réservée aux plus de 18 ans. Donc, je ne vois pas en quoi le fait de choisir l'âge de 18 ans dans le monde virtuel est, comme l'a dit le barreau, arbitraire. Cela n'a rien d'arbitraire. C'est la norme dans la société. Pour entrer dans un sex-shop, pour acheter du matériel pornographique, pour entrer dans des cinémas où l'on présente des films pornographiques, la norme veut que la personne doive être âgée de 18 ans. Évidemment, on pourrait changer la norme (Sénat du Canada, 9 février 2022). [Nos soulignements].

[56] Cette dichotomie entre le monde virtuel et le monde non virtuel nous a paru faire écho encore une fois à ce que le professeur de droit à l'Université Harvard Lawrence

⁷⁷ Sauf certaines exceptions bien circonscrites, au Canada, une personne doit avoir au moins seize ans pour pouvoir légalement donner son consentement à des activités sexuelles. Ministère de la Justice, « L'âge de consentement aux activités sexuelles », en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/tra/pr-rp/autre-other/clp/faq.html>>.

Lessig affirmait sur l'anonymat des échanges dans le cyberspace et de l'architecture particulière d'Internet. Il est effectivement difficile, dans le cas de l'accès à la pornographie par exemple, de connaître l'âge des internautes, ce qui constitue un enjeu plus aisément adressable dans le monde réel :

Porn real space is zoned from kids. Whether because of laws (banning the sale of porn to minors), or norms (telling us to shunt hose who do sell porn to minors), or the market (porn costs money), it is hard in real space for kids to buy porn. [...] It is hard in real space to hide you are a kid. [...] Self-authentication makes zoning in real space easy. In cyberspace, age is not similarly self-authenticating (Lessig, 1999, p. 503-504). [Nos soulignements].

[57] Certains argumenteront que pour un couple d'adolescents formé deux partenaires consentants âgés de seize ans qui ont une sexualité active dans le monde réel, il est incohérent de leur restreindre l'accès à du contenu explicite puisque l'âge légal de consentement aux activités sexuelles est atteint (*Code criminel* du Canada, article 151). Or, l'âge légal pour accéder à du matériel pornographique au Canada est à dix-huit ans et les propositions visant à encadrer son accès virtuel demeurent à l'atteinte de la majorité. Nous considérons que la réflexion pour abaisser le seuil à seize ans pourrait être valable, mais comme le dit la sénatrice, la norme devrait alors, par cohérence, être modifiée dans le monde réel.

[58] À propos des seuils à imposer en droit en fonction de l'âge d'un mineur, le professeur de philosophie du droit, David Archard, souligne que l'âge revêt souvent, comme c'est le cas pour plusieurs barèmes en droit, un caractère relatif et « arbitraire » :

The criticism that any particular age is arbitrary is an example of a more general charge which may be made against fixing cut-off points. We recognize that high speeds on the roads are dangerous and so set a legal maximum of, say, 70mph. But why should 70mph be dangerous, in the eyes of law, where 69mph is not? Again, institutions [...] must determine cut-off points. But why should 40 [%] be a pass mark if 39 [%] is a fail? The examples can easily be multiplied (Archard, 2014, p. 86).

[59] L'âge de l'enfant fait souvent partie d'une « liste non exhaustive [...] d'éléments à évaluer par toute autorité [...] amenée à déterminer quel est l'intérêt supérieur d'un enfant » (Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, « Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale », art. 3, par. 1). Considérant les préjudices en cause, est-il réellement opportun de remettre en question l'âge de dix-huit ans dans l'élaboration des modalités entourant la stratégie de vérification d'âge ? La question se pose, et l'âge de seize ans pourrait se défendre pour des raisons de maturité, de stade de développement de l'adolescent, et de désir de favoriser son autonomie sur Internet. Il est certainement d'autant plus alarmant qu'un enfant de sept ou huit ans fréquente des sites pornographiques sur une base régulière qu'un adolescent de seize ou dix-sept ans. Nous comprenons la critique visant à éviter une attitude trop paternaliste envers les enfants (Archard, 2014, p. 60-61). Il existe d'ailleurs, dans la littérature, un concept

appelé celui « des parents hélicoptères ». Ce terme est utilisé pour décrire les parents qui protègent leurs enfants de manière excessive, en offrant un degré d'encadrement disproportionné par rapport au niveau développemental et aux besoins de l'enfant (Thomasgard & al., 2021, p. 2). Cela peut venir qu'à empêcher ce dernier de tenter de résoudre lui-même ses problèmes face à la complexité d'Internet. Cela étant dit, nous pensons que les risques d'effets négatifs - mentionnés en première partie de notre article - sont suffisamment préoccupants pour restreindre l'accès à ces sites jusqu'à l'atteinte de la majorité. Le respect de l'autonomie de l'enfant peut se réaliser en concomitance avec l'acquisition de ses compétences pour naviguer prudemment, en grandissant, à travers le cyberspace, entre autres par un accès à du contenu sexuel positif et éducatif⁷⁸. En bref, à notre sens, les bénéfices de laisser la pornographie accessible au mineur, sans barrière, sous prétexte de préserver son autonomie ne sont pas suffisants pour justifier d'écarter la responsabilité que nous avons envers lui de le protéger des risques associés à son visionnement.

[60] Finalement, pour la proposition d'abaisser l'âge à seize ans plutôt qu'à dix-huit ans, nous pensons que cela passerait d'abord, comme l'affirme la sénatrice, par une remise en question de fond de l'âge qui a déterminé pour accéder à la pornographie dans le monde non virtuel. La prochaine section s'intéressera aux enjeux de territorialité sur Internet.

2.4.4 LA VÉRIFICATION DE L'ÂGE SUR INTERNET ET LA TERRITORIALITÉ

[61] Un autre enjeu qui concerne, de manière générale, la réglementation des comportements sur Internet est celui de la territorialité : comment atteindre les entreprises pornographiques basées à l'étranger, soit à l'extérieur du Canada ? Comment assurer l'effectivité de cette vérification de l'âge au-delà des frontières ? Bien que la multinationale spécialisée dans la pornographie Mindgeek ait été créée à Montréal, il semble qu'il existe près de quatre millions de sites pornographiques à travers le monde, et que la majorité de ces sites ne soit pas basée au Canada (Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 2022). Il pourrait donc demeurer, malgré la loi, certains sites pornographiques qui décideraient d'ignorer un avis de conformité émanant d'une obligation légale canadienne en argumentant que cela n'est pas applicable dans leur juridiction. Renaissance Numérique souligne d'ailleurs cette difficulté : « le fait que la plupart des acteurs de cette industrie soient extraeuropéens rend d'autant plus complexe l'effectivité de ce cadre » (Renaissance numérique, p. 24).

[62] À cet enjeu, quelques solutions peuvent être envisagées. Nous traiterons de la solution mise en place par certains traités en Allemagne visant à contourner cette difficulté. Ce pays a mis en œuvre un traité intra-européen privé qui permet d'interpeller des fournisseurs Internet qui ne sont pas hébergés en Allemagne, lorsque ces derniers sont actifs sur leur territoire, en vue de faire respecter l'ordonnance de blocage⁷⁹. Selon Henning Mellage de *Media Authority of North Rhine*, depuis que l'Allemagne a imposé une obligation de vérification d'âge sur les sites pornographiques en 2003, certaines

⁷⁸ Nous développerons davantage cet argument dans la partie 3, voir *Supra*, p. 106.

⁷⁹ Cela a été nommé lors du témoignage d'Henning Mellage de Media Authority of North Rhine-Westphalia lors de l'examen du projet de loi S-210 en comité (le 2 mars 2022).

entreprises de sites qui ne sont pas hébergés en territoire allemand auraient pris elles-mêmes l'initiative de mettre en place des mesures pour se conformer à la loi allemande pour éviter des avis et des atteintes à leur réputation. Selon ce même expert, il y aurait lieu de penser que plus le nombre de juridictions qui imposeront une mesure de vérification d'âge sur leur territoire sera élevé, plus les sites sentiront le besoin de se conformer pour continuer d'offrir l'accès à leurs sites pornographiques dans ces territoires locaux. Sur le plan de la théorie de l'effectivité du droit, cela constitue une belle démonstration de la capacité des normes à être effectives en agissant sur les « représentations » ainsi que les « attitudes » des personnes et des entreprises en leur générant un sentiment d'obligation à agir (Demers, 1996).

[63] Notons aussi qu'il existe des listes des meilleurs moteurs de recherche de sites pornographiques sur Internet (PornMD, JustPicsPlease, Badjojo, Findtubes, Eve know, et Boodi (Pornsites, 2023). Ces regroupements de sites pornographiques pourraient se défendre de n'être que des courroies de transmission, et donc se désresponsabiliser de l'obligation de vérifier l'âge, dans l'éventualité où l'on retrouverait, sur leurs plateformes, des sites qui ne se conforment pas à cette mesure. Il faudrait alors voir, au cas par cas, selon la configuration du site, qu'est-ce qu'il est préférable : leur imposer carrément une vérification d'âge ou leur demander simplement d'agir en cas de non-conformité de l'un des sites qu'ils hébergent. Si ces plateformes sont strictement dédiées à l'hébergement de contenu pornographique, à sa diffusion, voire à sa production, il y aurait probablement lieu de leur imposer aussi la vérification d'âge pour accéder à la plateforme.

[64] La prochaine et dernière sous-section de la seconde partie de notre article répondra aux critiques de celles et ceux qui affirment qu'il est possible de contourner une stratégie de vérification d'âge par des moyens techniques.

2.4.5 LES ENJEUX TECHNIQUES DE LA VÉRIFICATION DE L'ÂGE ET LES POSSIBILITÉS DE CONTOURNER LA MESURE

[65] Une fois établie, certains pourraient prévoir que la vérification de l'âge ne sera pas efficace puisqu'elle peut se contourner par VPN (Sylla & Rohmer, 2021, p. 45). Le terme VPN signifie en anglais *virtual private network* et en français réseau privé virtuel (Le Robert, dico en ligne, 2023). Il constitue une connexion sécurisée entre deux points, comme un ordinateur portable et le réseau d'une organisation (Gouvernement du Canada, 2019). Ces réseaux sont généralement cités parmi les moyens techniques permettant d'accéder à des sites bloqués par les fournisseurs d'Internet ou pour accéder à des contenus qui seraient l'objet d'un géoblocage (Renaissance numérique, 2022, p. 38). Selon l'UNESCO, la littératie numérique se définit comme « l'utilisation confiante et critique d'une gamme complète de technologies numériques pour l'information, la communication et la résolution de problèmes de base dans tous les aspects de la vie » (UNESCO, 2023). D'entrée de jeu, nous mentionnons simplement notre réserve sur le fait de penser que la vaste majorité des adolescents possède le niveau de littératie numérique et la volonté de contourner les mesures de blocage à des sites pornographiques par VPN. En France, en 2019 par exemple, on remarquait ainsi que seulement 26 % des personnes interrogées âgées entre dix-huit et vingt-quatre ans utilisaient ou avaient déjà utilisé un VPN dans leur vie, tous usages confondus (Statista, 2019).

[66] Cette réserve préliminaire étant nommée, la mesure de contournement par VPN demeure une possibilité qui ne doit pas être ignorée. La stratégie de vérification d'âge doit cependant être perçue dans une perspective de gradation et de réduction des méfaits, et non visant à faire disparaître totalement le problème. Au même titre que, dorénavant, l'alcool doit être acheté par une personne de dix-huit ans et plus pour être consommé, cela n'a jamais empêché des mineurs de demander à des personnes majeures de s'en procurer pour leur consommation. L'utilisation de fausses cartes est également une méthode répandue pour contourner la mesure⁸⁰.

[67] L'idée de la stratégie de vérification d'âge est de réduire une problématique sociale en limitant l'accès des jeunes à du contenu pornographique, et non de l'éliminer complètement. Mentionnons à ce propos que selon une enquête publique menée par *eSafety* sur l'acceptabilité sociale de la vérification de l'âge pour limiter l'accès à des sites pornographiques, 78% des répondants interrogés disaient supporter et approuver l'implantation d'un tel système par le gouvernement australien, ce qui constitue un appui plutôt convaincant de la population (*eSafety*, 2022). Il s'agit de trouver la manière technique de le faire qui tiendra compte des risques, des enjeux et des critiques qui ont été formulées dans l'ensemble de la présente sous-section (section 2.4). La troisième et dernière grande partie de notre article proposera une réflexion sur l'éducation à la sexualité comme complément indispensable à toutes initiatives législatives entourant l'accès à du matériel sexuellement explicite.

3. RÉFLEXION INTERDISCIPLINAIRE : L'ÉDUCATION À LA SEXUALITÉ COMME COMPLÉMENT NÉCESSAIRE AUX MESURES LÉGISLATIVES

[C]omprehensive sexuality education enables young people to protect their health, wellbeing and dignity [...]. And because these programs are based on human rights principles, they advance gender equality and the rights and empowerment of young people (United Nations Population Fund, 2016).

[68] La proposition de prendre des mesures contraignantes pour limiter l'accès à la pornographie aux mineurs en vérifiant l'âge des internautes en ligne est l'idée centrale que nous défendons dans notre article. De surcroît, chercher à éviter que des personnes mineures s'éduquent à la sexualité grâce à l'industrie de la pornographie ne signifie pas qu'il faille renoncer à parler de ce thème dans l'enfance et l'adolescence - bien au contraire. La promotion d'une éducation sexuelle dans laquelle la violence, les stéréotypes et les images dégradantes ne sont pas centraux est plus que souhaitable. La bonne manière d'éduquer les jeunes à la sexualité est une question de recherche en elle-même. Pour l'heure, nous défendons aussi, de manière complémentaire à une mesure contraignante et légale comme la vérification de l'âge, davantage d'efforts pour éduquer positivement et adéquatement les enfants à la sexualité. Dans la prochaine section, nous présenterons quelques lacunes observées dans l'éducation sexuelle des enfants au Québec et ailleurs (section 3.1). Puis, à la lumière de ce qu'en disent les

80 Un argument d'ailleurs avancé récemment dans les échanges du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles sur le projet de loi S-210.

experts, nous formulerons quelques remarques sur l'importance de promouvoir une éducation critique face au contenu pornographique (section 3.2).

3.1 DES LACUNES OBSERVÉES DANS L'ÉDUCATION SEXUELLE DES ENFANTS AU CANADA ET AILLEURS

[69] Au Québec, les médias rapportent un urgent besoin d'améliorer l'éducation sexuelle dans les écoles, une situation dénoncée par l'Ordre professionnel des sexologues du Québec (*La Presse*, 2019 ; *Le Journal de Montréal*, 2021; *TVA Nouvelles*, 2022). Un collectif de chercheurs⁸¹ a d'ailleurs reproché, dans un article publié en août 2022, l'absence du thème de la pornographie dans l'ébauche du programme d'éducation à la sexualité du primaire et du secondaire intégré au cours Culture et citoyenneté québécoise :

Le thème de la pornographie est aussi absent, alors que l'âge moyen d'exposition à des contenus pornographiques est de 12,2 ans, et qu'un tiers des jeunes en ont consulté avant l'âge de 10 ans. Il semble donc important de leur fournir un espace encadré et sécuritaire pour aborder le sujet et leur donner l'occasion de réfléchir et de prendre de la distance avec ces représentations de la sexualité. Même s'il s'agit de thèmes difficiles à aborder, il est plus que temps qu'ils soient intégrés au programme (*Le Devoir*, 2022).

[70] Nous avons consulté le tableau synthèse des thèmes et des contenus en éducation à la sexualité au niveau scolaire. Le sujet de la pornographie ainsi que la question de l'accès à du matériel sexuellement explicite sur le web semblent effectivement écartés comme thèmes du programme (Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, contenus en éducation à la sexualité, 2023), sauf de manière accessoire dans un exemple de question qui pourrait être abordé en classe à propos de l'agir sexuel en secondaire 4⁸² (Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement supérieur, contenus en éducation à la sexualité, 2023, p.19).

[71] De l'autre côté de l'Atlantique, la situation semble également critiquable. En France, certains experts décrivent l'éducation à la sexualité des mineurs comme « trente ans d'échec d'éducation sexuelle » avec une approche trop axée uniquement sur les aspects hygiénistes et sanitaires de la sexualité, c'est-à-dire « comment éviter d'avoir des bébés et [se protéger] des [ITS] » (Sylla & Rohmer, 2021, p. 42). En 2021, Thomas Rohmer, fondateur de l'OPEN - dont nous avons cité les études à quelques reprises dans cet article - exprimait que nous avons la responsabilité de ne pas laisser les adolescents sans réponses face aux questions légitimes qu'ils se posent sur la sexualité (Rohmer, 2021, p. 64). Il ajoute, à juste titre selon nous : « après cela, on s'étonne que le porno fasse le boulot à notre place » (Rohmer, p. 64).

81 Magaly Pirotte (chercheuse indépendante) ; Gabrielle Morin (doctorante en éducation à l'University of Auckland) ; Julie Descheneaux (doctorante en sexologie à l'Université du Québec à Montréal) ; Guillaume Cyr (doctorant en éducation à l'Université du Québec à Montréal) ; Stéphanie Thibodeau (doctorant.e en éducation à l'Université du Québec à Montréal) et Alexis Poirier-Saumure (doctorant en communication à l'Université Concordia).

82 La question mentionnée dans le document du ministère est la suivante : « Je regarde de temps en temps des sites pornographiques sur Internet. Pensez-vous que ça peut m'aider à savoir comment faire avec les filles ? ». Voir en ligne, à la p. 19 : http://www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/education/adaptation-scolaire-services-comp/EDUC-Contenus-Sexualite-GrandPublic.pdf.

[72] Tel que les résultats d'une étude en neuroscience le démontraient en 2017, l'éducation à la sexualité basée sur une approche « scientifique, globale et intégrée de manière cohérente aux autres apprentissages » se révèle tant sur « les aspects comportementaux, affectifs que cognitifs, indispensable [...] à une vie sexuelle et sociale adaptée, consciente et responsable » (Wunsch, 2017). L'éducation à la sexualité devrait ainsi s'intégrer dans une approche éducative de l'être humain, et elle suscite pourtant plusieurs résistances (Wunsch, 2017, p. 60). Elle ne devrait surtout pas se limiter à une vision négative de la sexualité, éviter d'être guidée que par des idéologies et s'appuyer sur des connaissances valides et des activités adaptées (Wunsch, 2017, p. 61).

[73] Cela nous amène à défendre l'importance, tel que nous l'aborderons dans le prochain sous-titre, de promouvoir l'éducation sexuelle des mineurs dans une perspective globale et positive, en tenant compte des capacités évolutives de l'enfant, un principe d'ailleurs codifié à l'article 5 de la Convention sur les droits des enfants.

3.2 PROMOUVOIR UNE ÉDUCATION CRITIQUE FACE AU CONTENU PORNOGRAPHIQUE

[74] Nous l'avons dit précédemment, l'éducation des jeunes à la sexualité est une question de recherche en elle-même. C'est une question complexe, et aux multiples facettes. Miranda Horvath, professeure à l'Université de Middlesex, qui a contribué au rapport du Commissaire à l'enfance du Royaume-Uni sur la pornographie et les jeunes, indique que si nous commençons à enseigner l'égalité et le respect aux enfants dès l'âge de cinq ans, lorsqu'ils feront face à du contenu pornographique en ligne dans leur adolescence, ils seront plus en mesure de voir le manque de respect et d'émotion que la pornographie représente et seront mieux outillés pour composer avec ce qui leur est présenté (Segal, 2014). La meilleure approche pour les parents et les éducateurs est d'encourager une communication ouverte et favoriser le développement de l'esprit critique face aux contenus proposés (Quadara, El-Murr & Latham, 2017). Les experts défendent également que les adultes devraient davantage connaître les enjeux entourant la sexualité dans l'environnement numérique fréquenté par les mineurs : cela pourrait passer, entre autres, par des formations et des campagnes d'éducation grand public (Pizzol & al., 2016). Dans une enquête qualitative réalisée avec des parents de jeunes âgés de dix à seize ans, il a été révélé qu'en général, les parents préféreraient avoir un dialogue ouvert avec leur propre enfant plutôt que de mobiliser des filtres ou une réglementation stricte de l'usage d'Internet (Davis, Wright, Curtis, Hellard Lim & Temple-Smith, 2021). Dans une autre recherche intitulée *Les adolescents face aux images violentes, sexuelles et haineuses : stratégies, vulnérabilités, remédiations*, les résultats révèlent que selon les différents milieux socioculturels, mais également selon « l'accompagnement [réalisé] par la famille face aux images en tout genre » les adolescents « n'avaient pas la même capacité à [...] accueillir, à comprendre [et à] émettre une critique » face à ces contenus en ligne (Gozlan, 2020, p. 81). L'importance de l'accompagnement des adultes prend ainsi tout son sens face à de tels résultats.

[75] Concernant le type de contenu qui devrait être enseigné aux enfants, les experts proposent des apprentissages visant à éviter des « croyances dysfonctionnelles, et [des] comportements inadaptés (comme l'agression) » (Wunsch, 2017, p. 59). Cela passe, entre autres, par l'idée de promouvoir les attitudes prosociales telles que l'aide,

le partage, le respect, le réconfort, une communication non-violente, l'écoute active et l'affection (Wunsch, 2017 p. 59). Nous le disions dans la première partie de cet article que des opportunités sont offertes aux mineurs grâce à leur accès plus facile qu'autrefois à Internet : de l'information de qualité et facilement accessible sur la sexualité, les relations intimes et les ressources disponibles font partie de la solution. Citons, à ce titre, le travail de l'organisme Communication-Jeunesse, une organisation culturelle à but non lucratif d'envergure nationale œuvrant depuis 1971 à faire connaître et apprécier la littérature québécoise et franco-canadienne destinée aux mineurs (Communication-Jeunesse, 2022). L'organisme consacre une section complète à la sexualité sur son site Internet. Il en va de même du projet Kaléidoscope du Centre filles de la YWCA Québec qui propose plus de quatre cent cinquante ouvrages « encourageant les enfants à sortir des idées préconçues et des rôles stéréotypés, favorisant la réflexion, l'émergence de la pensée critique, l'ouverture et la tolérance » (Kaléidoscope, 2022). Mentionnons finalement Tel-Jeunes, qui offre des outils et des ressources adaptés aux mineurs pour aborder différents thèmes qui les concernent. Par exemple, dans la section consacrée à la pornographie, l'organisme se positionne très clairement sur cette industrie :

C'est normal d'être curieux-se, mais il n'y a pas grand-chose de positif dans la porno. Elle s'adresse de toute façon aux adultes de 18 ans et plus. Ton imaginaire érotique est en construction, et regarder de la porno risque de te donner de mauvais points de repère. Tu pourrais finir par avoir du mal à savoir ce qu'est une relation sexuelle saine et réelle, car la pornographie, ce n'est pas la réalité. Il y a aussi une différence entre la pornographie et l'érotisme. L'érotisme est un récit, en images ou en mots, d'une personne poussée vers l'autre par son désir. La porno ne raconte pas d'histoire: elle montre des acteurs qui se livrent à des gestes crus dans le but de susciter une stimulation sexuelle. (Tel-Jeunes, 2022). [Nos soulignements].

[76] Comme on l'entend souvent, notre système d'éducation québécois - comme d'autres secteurs du monde du travail au Québec - connaît une pénurie de main-d'œuvre et une situation de surcharge importante de travail chez les enseignantes et les enseignants (Conseil pédagogique interdisciplinaire du Québec, 2023). Consciente du fait que ce ne sont pas tous les enseignants qui ont le temps de s'approprier et maîtriser les nouveaux contenus en matière d'éducation à la sexualité des jeunes, une équipe composée de deux enseignantes au primaire, d'une sexologue, et d'une psychologue ont publié, en 2022, un livre sous forme de guide complet à l'attention de celles et ceux qui enseignent au primaire (Dubuc, De la Sablonnière, Maalouf & Sanchez, 2022). Un dernier chapitre est consacré entièrement à des suggestions de ressources et de lectures pour les parents.

[77] En somme, de nombreuses ressources existent pour donner des alternatives beaucoup plus saines à celle de la pornographie pour permettre à l'enfant de découvrir son univers intime et aux parents ainsi qu'aux éducateurs de les accompagner. Le droit à lui seul ne peut suffire à garantir une éducation saine à la sexualité chez les mineurs et assurer leur accès à des contenus appropriés en cette matière. Dans une perspective plus large de la définition de la norme et du droit (Belley, 1996), nous pensons que l'encadrement offert par les parents dès la petite enfance, les normes

sociales et professionnelles des éducateurs et des enseignants qui gravitent autour des personnes mineures et les politiques éducatives des gouvernements et de la santé publique font également partie des solutions à mettre en œuvre pour répondre à la problématique adressée dans notre article.

CONCLUSION

[78] Le visionnement de contenus pornographiques, souvent dégradants et faisant la promotion de stéréotypes de genre peut avoir des conséquences importantes sur le développement psychosexuel des enfants. Opérer une vérification de l'âge des internautes à l'entrée des différents sites pornographiques permet d'agir efficacement et directement sur l'environnement numérique en vue de limiter l'accès des personnes mineures à ces sites. Cette proposition soulève cependant certains enjeux que nous avons adressés dans notre article sur les plans, entre autres, de la liberté d'expression, de la vie privée, du caractère arbitraire de l'âge, de l'autonomie du mineur, de la territorialité et même, au niveau de l'effectivité du déploiement de la mesure sur le plan technique. Malgré ces enjeux, nous soutenons qu'il est souhaitable de mettre en œuvre cette proposition en mobilisant les précautions et les adaptations nécessaires.

[79] Il semble d'ailleurs que la stratégie de vérification d'âge soit une solution mise de l'avant pour répondre à des enjeux qui vont au-delà de l'accès à la pornographie. Le 2 mars 2023, l'Assemblée nationale de la République française a adopté, en première lecture, avec modifications, une proposition de loi visant à contraindre les réseaux sociaux à refuser l'inscription des enfants de moins de quinze ans, à moins que les parents y consentent :

Pour se faire, ces plateformes devront mettre en place une solution technique permettant de vérifier l'âge de leurs utilisateurs et l'autorisation des parents. L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) sera chargée de certifier ces solutions techniques, qui devront être conformes à un référentiel qu'elle aura élaboré, après consultation de la CNIL⁸³. [Nos soulignements]

[80] Le projet de loi S-210 de la sénatrice canadienne Julie Miville-Dechêne dont nous avons fait état dans notre article n'est peut-être qu'un début. Il semble inévitable pour le Canada de réfléchir, pour l'avenir, à des solutions techniques permettant d'utiliser la vérification d'âge de manière équilibrée, adéquate et sécuritaire, dans des circonstances spécifiques et limitées, afin d'assurer la protection des droits des personnes mineures qui utilisent Internet souvent dès la petite enfance. Le débat s'étend ainsi à des thèmes plus larges que la simple question de l'accès à du matériel sexuellement explicite.

[81] En septembre 2015, le Canada et les 192 autres États membres des Nations Unies ont adopté le Programme de développement durable à l'horizon 2030 lors de l'Assemblée générale des Nations Unies (Gouvernement du Canada, 2022). Le

83 Pour consulter la proposition de loi complète : Assemblée nationale de la République Française, Proposition de loi visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne, le 3 mars 2023, en ligne : < <https://www.vie-publique.fr/loi/288274-reseaux-sociaux-majorite-numerique-15-ans-proposition-de-loi#:~:text=Pour%20protéger%20les%20enfants%20des,en%20ligne%2C%20comme%20le%20cyberharcèlement> >.

troisième objectif (bonne santé et bien-être), le quatrième objectif (éducation de qualité) et le cinquième objectif (égalité entre les sexes) de développement durable appellent le Canada à mobiliser les moyens nécessaires pour promouvoir une éducation à la sexualité complète et appropriée pour les enfants (Nations Unies, 2022). Cela passe, tel que nous avons voulu le démontrer dans notre article, par des mesures pour limiter l'accès des mineurs à la pornographie, cette dernière ne devant pas servir d'outil principal d'éducation à la sexualité pour les enfants.

[81] En définitive, bien qu'il reste encore du travail à faire, nous pensons que les progrès réalisés dans plusieurs pays grâce, entre autres, au mouvement #MoiAussi⁸⁴ ainsi que - plus généralement - pour les droits des femmes dans les dernières décennies appellent à se responsabiliser socialement pour assurer une éducation sexuelle égalitaire dès l'enfance. Pour y arriver, la violence physique et psychologique, la soumission, et l'objectivation du corps de la femme ne devraient pas être à la base des scénarios qui inspirent et éduquent les enfants dans la découverte de leur univers intime et des relations affectives.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Législation

Textes internationaux

UNIES, NATIONS. *Convention relative aux droits de l'enfant*. Nations-Unies : Recueil des Traités, 1989, vol. 1577.

Textes québécois, constitutionnels & fédéraux canadiens

Loi constitutionnelle de 1982, L.R.C. (1985), app. II, n°44.

Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1975, c. 6

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Projets de lois

Loi limitant l'accès en ligne des jeunes au matériel sexuellement explicite, projet de loi S-210 (première lecture le 24 novembre 2021 - En cours d'examen en comité), 1^{ère} sess., 44^e lég., (Can), article 4, par. (a), (b) et (c)

Textes & projets de loi d'autres juridictions

84 Voir, au sujet de ce mouvement, l'Encyclopédie Canadienne : « Le mouvement #MoiAussi, qui dénonce les violences sexuelles envers les femmes, débute en octobre 2017 aux États-Unis à la suite d'accusations contre le producteur de films hollywoodien Harvey Weinstein. [...] Au Canada, #MoiAussi et son équivalent anglais, #MeToo, ont permis de donner une voix aux victimes et de modifier le discours sur les viols, les abus, les agressions et les autres formes de violence, de harcèlement et d'inconduite à caractère sexuel. », disponible en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/mouvement-mojaussi>.

Assemblée nationale de la République Française, *Proposition de loi visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne*, le 3 mars 2023, en ligne : <<https://www.vie-publique.fr/loi/288274-reseaux-sociaux-majorite-numerique-15-ans-proposition-de-loi#:~:text=Pour%20protéger%20les%20enfants%20des,en%20ligne%2C%20comme%20le%20cyberharcèlement>>

Code pénal de la République française, version officielle Légifrance en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/2023-03-20/>

Digital Economy Act, UK Public General Acts 2017 c. 30, en ligne : <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/30/contents/enacted>>

House Bill SB66 to create the protection of minors from distribution of harmful material act; to establish liability for the publication or distribution of material harmful to minors on the Internet; and to require reasonable age verification (Arkansas), en ligne : <<https://www.arkleg.state.ar.us/Bills/Detail?id=SB66&ddBienniumSession=2023%2F2023R>> ;

House Bill no 142, act no. 440, 2022 Regular Session (Louisiane), en ligne : <<https://legis.la.gov/legis/ViewDocument.aspx?d=1289498>>

Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, Légifrance, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042176652>>

Online Safety Act 2021 No. 76, 2021, An Act relating to online safety for Australians, and for other purposes, en ligne : <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00076>>

Online Safety Bill: HL Bill 87 of 2022–23, en ligne : <<https://lordslibrary.parliament.uk/research-briefings/lln-2023-0005/>>

Parliament of Australia, Online Safety Bill 2021, en ligne : <https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=r6680>

Jurisprudence

Civ. 1^{re}, 5 janv. 2023, FS-B, n° 22-40.017 (Cour de cassation - Première chambre civile).

Gilles E. Néron Communication M. Inc. c. Chambre des notaires du Québec, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 48.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

R. c. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, par. 73

Renvoi relatif aux lois de l'Alberta (Re Alberta Statute) [1938] R.C.S. 100

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd, [1986] 2 R.C.S. 573

Documents officiels

Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, Robertson J. R., *La pornographie*, Bulletin d'actualité 84-3F, Division du droit et du gouvernement, 30 septembre 2002

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, Badgley, R. F., & Badgley, R. F. (1984), *Infractions sexuelles à l'égard des enfants : rapport du comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*, Approvisionnement et Services Canada.

Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Loi limitant l'accès en ligne des jeunes au matériel sexuellement explicite*, Projet de loi S-210, 44^e lég. 1^{ère} s., examen en comité, disponible en ligne : <<https://www.parl.ca/legisinfo/fr/projet-de-loi/44-1/s-210>>

Commissariat à la protection de la vie privée au Canada, *Comparution devant le comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles concernant le Projet de loi [S-210] Loi sur la protection des jeunes contre l'exposition à la pornographie*, 29 septembre 2021, en ligne : <https://priv.gc.ca/fr/protection-de-la-vie-privee-et-transparence-au-commissariat/divulgation-proactive/opc-parl-bp/lcjc_20210602/bn_lcjc_20210602/?wbdisable=true#fn7>

Conseil d'État, 5^{ème} - 6^{ème} chambres réunies, 29 novembre 2022, 459941, en ligne : <<https://justice.pappers.fr/decision/fc70d4a547cba2040b21bf278170047d>>

Délibération 2021-069 du 3 juin 2021 : <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000044183781>

Décret n° 2021-1306 du 7 octobre 2021 relatif aux modalités de mise œuvre des mesures visant à protéger les mineurs contre l'accès à des sites diffusant un contenu pornographique, disponible en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000044173388>>

Gouvernement du Canada, Le Canada et les objectifs de développement durable, disponible en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/emploi-developpement-social/programmes/programme-2030.html>>

Ministère de l'Éducation et de l'Enseignement Supérieur, *Tableau synthèse Thèmes et résumé des contenus en éducation à la sexualité*, disponible en ligne : <http://www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/education/adaptation-scolaire-services-comp/Contenus-tableau-synthese-FR.pdf>

Manganas, A., Compte rendu de [Comité d'étude sur la pornographie et la prostitution, *La pornographie et la prostitution au Canada*, (Rapport Fraser), Tomes I et II, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, 801 p.] » (1986) 27-2 *Les Cahiers de droit*.

Sénat de France, *Étude de législation comparée n° 309 - septembre 2022 - Les conditions d'accès des mineurs à la pornographie*, en ligne : <<https://www.senat.fr/lc/lc309/lc3092.html>>

UK Parliament, Online Harms Statement made on 16 October 2019, en ligne : <<https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2019-10-16/HCWS13>>

Woodhouse, J. (2019), House of Commons Library, *Online pornography: age verification*, disponible en ligne: <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8551/CBP-8551.pdf> >

Organisation des Nations Unies

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, disponible en ligne : <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>

UNESCO, *Littérature numérique*, voir en ligne : <<https://uis.unesco.org/fr/node/4789131>>

UNESCO, *The journey towards comprehensive sexuality education*, mars 2023, en ligne : <<https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/The%20journey%20towards%20comprehensive%20sexuality%20education%2C%20Global%20status%20report.pdf>>

UNICEF (UN), *La Convention internationale des droits des enfants (CIDE)*, en ligne : <https://www.unicef.fr/dossier/convention-internationale-des-droits-de-lenfant>

UNICEF (UN), *Rapport sur la situation des enfants dans le monde 2017: Les enfants dans un monde numérique*, 2017.

UNIES NATIONS, Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, 2013.

UNIES NATIONS. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 25 (2021) sur les droits de l'enfant en relation avec l'environnement numérique*, 2021.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA) 2016, *Comprehensive Sexuality Education – Overview*, 2016, par. 2, en ligne : <<https://www.unfpa.org/comprehensive-sexuality-education>>

UNITED NATIONS, *17 Goals to Transform Our World*, en ligne : <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>>

Monographies

Archard, D. (2014). *Children: Rights and childhood*. Routledge.

Bakan, J. (2012). *Childhood under siege: How big business targets your children*. Simon and Schuster.

Belley, J-G (dir.) (1996), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, préface de Jean Carbonnier, Paris, L.G.D.J., 279 p.

Dorca, I., & Schmidt, P. (2020), *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, *Law & Society Review*, 54(3), 722-727.

Articles scientifiques et juridiques :

A. C. Davis, C. Wright, M. Curtis, M. E. Hellard, M. S. C. Lim & M. J. Temple-Smith (2021), « Not my child': parenting, pornography, and views on education », *Journal of Family Studies*, 27:4, 573-588.

Anthony, S (2012), « Just how big are porn sites? », *ExtremeTech*.

Bale, C (2011), « Raunch or romance? Framing and interpreting the relationship between sexualized culture and young people's sexual health », *Sex Education*, 11(3), 303–313.

Boyle, K. (2000), « The pornography debates: Beyond cause and effect », *Women's Studies International Forum*, 23(2), 187–195 .

Bleakley, A et al. (2011), « Using the Integrative Model to explain how exposure to sexual media content influences adolescent sexual behaviour », *Health Education & Behaviour*, 38(5), 530–540 .

Bonino, S et al. (2006), « Use of pornography and self-reported engagement in sexual violence among adolescents », *European Journal of Developmental Psychology*, 3(3), 265–288.

Bogt, T . F . M . et al . (2010), « Shake it baby, shake it'': media preferences, sexual attitudes and gender stereotypes among adolescents », *Sex Roles*,63(11), 844–859.

Burnett, C. , & Daniels, K . (2015), « Technology and literacy in the early years » in S . Garvis & N Lemon (Eds .) . *Understanding digital technologies and young children: An international perspective* (pp. 18–27) . New York: Routledge.

Cooper, K, Quayle, E. , Jonsson, L ., & Svedin, C. G. (2016), « Adolescents and self-taken sexual images: A review of the literature », *Computers in Human Behaviour*, 55, 706–716.

Doornwaard, S. M., Van den Eijnden, R. J., Overbeek, G., & ter Bogt, T. F. (2015), « Differential developmental profiles of adolescents using sexually explicit internet material », *The Journal of Sex Research*, 52(3), 269-281.

Doornwaard, S . M . et al . (2016), « Lower psychological well-being and excessive sexual interest predict symptoms of compulsive use of sexually explicit internet material among adolescent boys », *J Youth Adolesc*, 45(1), 73–84 .

Dubuc, L., de la Sablonnière, C., Maalouf, O., & Lupien, A. (2022). *Éducation à la sexualité: Enseigner avec la littérature jeunesse: Guide complet pour les enseignants et les enseignantes du primaire*, Editions JFD.

Gozlan, A., « Le porn-net : voir à ne plus y voir » *Le Sociographe*, vol. 69, n°1, 2020, pp. 71-82.

Gurriell M-J., « Born into porn but rescued by thorn: The demand for tech companies to scan and search for child sexual abuse images » (2021), *Family Court Review*, vol. 59, no 4, p. 849

Kingston, D . A ., Malamuth, N . M ., Fedoroff, P ., & Marshall, W . L . (2009), « The importance of individual differences in pornography use: theoretical perspectives and implications for treating sexual offenders », *J Sex Res*, 46(2–3), 216–232.

Lessig, L., « The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach », (1999) 113:2 *Harvard Law Review* 501

Lynch, J., & Redpath, T . (2014) , « Smart” technologies in early years literacy education: A meta-narrative of paradigmatic tensions in iPad use in an Australian preparatory classroom », *Journal of Early Childhood Literacy* 14(2), 147–174.

Lofgren-Mårtenson L, Månsson SA, « Lust, love, and life: a qualitative study of Swedish adolescents' perceptions and experiences with pornography », *J Sex Res*. 2010 Nov 47(6), 568-79.

Mahoney, Kathleen. « Pornographie », *L'Encyclopédie Canadienne*, 15 décembre 2013, Historica Canada. www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/pornographie.

Observatoire de la parentalité & de l'Éducation Numérique (2017), « Les adolescents et le porno : vers une « Génération Youporn » ? - Étude sur la consommation de pornographie chez les adolescents et son influence sur leurs comportements sexuels »,

34 p., en ligne : <https://www.open-asso.org/wp-content/uploads/2017/03/114495_Rapport_OPEN_15.03.2017-1.pdf>

Orlando, J ., & Attard, C . (2016), « Digital natives come of age: the reality of today's early career teachers using mobile devices to teach mathematics », *Mathematics Education Research Journal*, 28(1), 107–121 .

Poulin, R., « Pornographisation : adocentrisme, juvénilisation des femmes et adultisation des filles », dans *L'adolescente et le cinéma. De Lolita à Twilight*, Toulouse, Érès, 2013, p. 145

Parker, I. (2014), « Young people, sex and relationships: The new norms, Institute for Public Policy Research », <http://www.ippr.org/read/young-people-sex-and-relationships-the-new-norms>

Peter, J ., & Valkenburg, P . M . (2007), « Adolescents' exposure to a sexualized media environment and their notions of women as sex objects », *Sex Roles*, 56(5–6), 381–395.

Pizzol, D. et al . (2016), « Adolescents and web porn: a new era of sexuality », *International Journal of Adolescent Medicine and Health*, 28(2), 169–173.

Rech, N. (2020), « Mouvement #MoiAussi au Canada » dans *l'Encyclopédie Canadienne*, disponible en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/mouvement-moiaussi>.

Stephen, C., & Plowman, L. (2008), « Enhancing online learning with information and communication technologies in pre-school », *Early Child Development and Care*, 178(6), 637–654.

Sun, C. et al. (2016), « Pornography and the male sexual script: an analysis of consumption and sexual relations », *Arch Sex Behav*, 45(4), 983–994.

Sylla, A. & Rohmer, T. (2021), « Cyberpornographie : quelle place pour les adultes, quel accompagnement pour les enfants ? » *Nouvelle Revue de l'Enfance et de l'Adolescence*, 5, 33-50.

Thomasgard et al., (1995) cité dans Venard, G. et al., « Quand le parent veut trop bien faire : état de la littérature sur le phénomène de surprotection parentale », (2021), *Psychologie Française*.

Wéry, A., & Billieux, J. (2017), « Problematic cybersex: Conceptualization, assessment, and treatment », *Addictive Behaviors*, 64, 238–246.

Wunsch, S. (2017), « L' éducation à la sexualité. Perspectives Des Données Neuroscientifiques », *Sexologies* 26 (1), 54–63.

Quadara, A. El-M. & Latham J., « The effects of pornography on children and young people: An evidence scan », *Australian Institute of Family Studies*, 2017.

Articles de presse et d'actualités

Auteur inconnu, Le Sénat adopte une obligation de vérification de l'âge accrue sur les sites pornographiques, dans *Le Monde* (France), le 10 juin 2020, disponible en ligne : [<http://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/06/10/le-senat-adopte-une-onligation-de-verification-de-l-age-sur-les-sites>].

Braun, E. et Kayali K, France to introduce controversial age verification system for adult websites, *Politico*, le 9 juillet 2020, en ligne : <<https://www.politico.eu/article/france-to-introduce-controversial-age-verification-system-for-adult-pornography-websites/> >.

Faucher, O., Pas assez de temps pour l'éducation à la sexualité, dans *Le Journal de Montréal*, le 28 avril 2021, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2021/04/28/pas-assez-de-temps-pour-leducation-a-la-sexualite>>.

Groffe-Charrier, J., Pas de Conseil constitutionnel pour le site pornographique, dans *Dalloz*, le 19 janvier 2023, disponible en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/pas-de-conseil-constitutionnel-pour-site-pornographique#.ZAnwAy3pP0p>>

Gouvernement de France, Ministère des Solidarités et de la santé (Cédric O), Exposition des jeunes à la pornographie, Communiqué de presse, le 8 février 2021, en ligne : < <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/presse/communiques-de-presse/article/exposition-des-jeunes-a-la-pornographie> >.

Pirotte, M., Un programme d'éducation à la sexualité expéditif et mal exécuté, dans *Le Devoir*, le 25 août 2022, disponible en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/748908/idees-un-programme-d-education-a-la-sexualite-expeditif-et-mal-execute>>.

Plante, C., L'éducation sexuelle « ne passe pas » chez les enseignants, dans *La Presse*, 12 mai 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/education/2019-05-12/l-education-sexuelle-ne-passe-pas-chez-les-enseignants>>.

Segal, D., « Does porn hurt children? », *New York Times*, le 28 mars 2014, cité dans un article disponible sur le site d'*Habilo Médias*, en ligne : <<https://habilomedias.ca/litteratie-numerique-et-education-aux-medias/enjeux-numeriques/pornographie/repondre-a-la-pornographie>>.

Victime d'agressions sexuelles, elle milite pour une meilleure sensibilisation, *TVA Nouvelles*, 21 novembre 2022, disponible en ligne: <<https://www.tvanouvelles.ca/2022/11/21/victime-dagressions-sexuelles-elle-milite-pour-une-meilleure-sensibilisation>>

Conférence

« Incursion dans l'univers des droits des enfants à l'ère numérique », Conférence du Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant (LRIDE), le 25 janvier 2021, en ligne : <<https://www.uottawa.ca/faculte-droit/droit-civil/lride/evenements/25-janvier-2022-incursion-dans-lunivers-des-droits-des-enfants-lere-numerique>>.

Notes de cours et de Colloques universitaires

Pierre-Luc Déziel, *Droit des technologies de l'information et des communications* (DRT – 2306/DRT-7116), Séance 2 (diapositive 10), Faculté de droit de l'Université Laval, Automne 2021.

Olga Khazova et Professeur Philip D. Jaffé, « A new United Nations Committee on the Rights of the Child's General Comment on Children's Rights and the Digital Environment (E) », CIDE - Université de Genève, 12 mai 2021.

Ressources électroniques :

Académie de la transformation numérique (ATN), « Portrait numérique des foyers québécois », Enquête NETendances 2020, disponible en ligne : <<https://api.transformation-numerique.ulaval.ca/storage/457/netendances-2020-portrait-numerique-des-foyers-quebecois.pdf>>.

AgeID, « AgeID : your key to age restricted content », en ligne : <<https://www.ageid.com/>>.

BlueCheck, « Automated Identity and Compliance Workflows », en ligne : <<https://www.bluecheck.me>>.

Commissariat à la protection de la vie privée au Canada, Comparution devant le comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles concernant le Projet de loi [S-210] Loi sur la protection des jeunes contre l'exposition à la pornographie, 29 septembre 2021, en ligne : <https://priv.gc.ca/fr/protection-de-la-vie-privee-et-transparence-au-commissariat/divulgation-proactive/opc-parl-bp/lcjc_20210602/bn_lcjc_20210602/?wbdisable=true#fn7>.

Communication Jeunesse, Thématique Sexualité-Primaire, le 17 décembre 2022, en ligne : <<https://www.communication-jeunesse.qc.ca/theme/sexualite-primaire/>>.

Conseil pédagogique interdisciplinaire du Québec, Pénurie du personnel enseignant : causes, conséquences et pistes d'actions concrètes, 9 janvier 2023, en ligne : <<https://conseil-cpiq.qc.ca/penurie-du-personnel-enseignant-causes-consequences-et-pistes-dactions-concretes/>>.

Dictionnaire Le Robert, VPN, en ligne : <<https://dictionnaire.lerobert.com/definition/vpn>>.

Encyclopédie Canadienne, Le mouvement #MoiAussi, disponible en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/mouvement-moiaussi>>.

eSafety, Age verification - Glossary of terms, en ligne : <<https://www.esafety.gov.au/about-us/consultation-cooperation/age-verification#thematic-analysis-of-age-verification-submissions>>.

eSafety (2023), Age verification roadmap consultations: Cross-sector workshop, en ligne : <<https://www.esafety.gov.au/sites/default/files/2023-01/Age-verification-cross-sector-report-2023.pdf>>.

eSafety, Online pornography, disponible en ligne : <<https://www.esafety.gov.au/about-us/who-we-are>>.

eSafety, Online Safety Act , voir plus précisément l'exemple du Outcome 7 à la p. 71, en ligne : <<https://www.esafety.gov.au/sites/default/files/2021-09/eSafety%20Industry%20Codes%20Position%20Paper.pdf>>.

eSafety, Public perceptions of age verification for limiting access to pornography, en ligne : <<https://www.esafety.gov.au/sites/default/files/2021-10/Public%20perceptions%20of%20age%20verification%20fact%20sheet.pdf>>.

Gouvernement du Canada, Les réseaux privés virtuels, en ligne : <<https://www.cyber.gc.ca/fr/orientation/les-reseaux-prives-virtuels-itsap80101>>.

Inspection générale des finances et Conseil générale de l'économie, de l'industrie et de l'énergie et des technologies (2019), Prévenir de l'exposition des mineurs aux contenus pornographiques sur Internet, en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cge/Rapports/2019_12_Prevention_mineurs.pdf>.

Kaléidoscope, Osez un monde inclusif où chaque enfant peut être lui-même, 15 décembre 2022, en ligne : <<https://kaleidoscope.quebec/>>.

Ministère de la Justice, L'âge de consentement aux activités sexuelles, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/clp/faq.html>>.

Observatoire de la Parentalité & de l'Éducation Numérique (OPEN), Protection des enfants Face à la pornographie en ligne, disponible en ligne, 15 décembre 2022 : <<https://www.open-asso.org/nos-combats-et-reussites/>>.

Pornsites, Meilleurs Moteurs de Recherche Porno (6 Sites Porno), en ligne : <<https://pornsites.xxx/fr/les-meilleurs-moteurs-de-recherche-porno>>.

Pornhub Insights, The 2019 Year in Review, 11 décembre 2019, en ligne : <<https://www.pornhub.com/insights/2019-year-in-review>>.

Pirotte, M., Un programme d'éducation à la sexualité expéditif et mal exécuté, le 25 août 2022 : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/748908/idees-un-programme-d-education-a-la-sexualite-expeditif-et-mal-execute>>.

Renaissance numérique, *Contrôle de l'âge en ligne : pour une approche proportionnée et européenne*, 8 mars 2023, en ligne : <https://www.renaissancenumerique.org/wp-content/uploads/2022/09/renaisancenumerique_controleage_rapport.pdf>.

Rohmer, T. (2021). Le porno prend la place laissée vacante par les adultes dans l'éducation à la sexualité. *Enfances & Psy*, 92, 61-69. <<https://doi.org/10.3917/ep.092.0061>>.

Statista, Part des Français utilisant un VPN (Virtual Private Network) en France en 2019, selon la tranche d'âge, en ligne : <<https://fr.statista.com/statistiques/967931/part-francais-utilisant-vpn-par-age/>>

Tel-Jeunes, Pornographie, 1^{er} mars 2023, disponible en ligne : <<https://www.teljeunes.com/Tel-jeunes/Tous-les-themes/sexualite/pornographie>>.

The Media Authority of North Rhine-Westphalia, 2023, en ligne : <<https://www.medienanstalt-nrw.de/about-us/topics/protection-of-minors-from-harmful-online-media/pornography.html>>.

Yoti, Age verification, en ligne : <<https://www.yoti.com/business/age-verification/>>.